

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE LOS ABOGADOS
EN LITIGIOS Y ASESORÍAS**

**ESTEFANÍA GÓMEZ ARIAS
MARCELA GÓMEZ MONTOYA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2010**

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE LOS ABOGADOS
EN LITIGIOS Y ASESORÍAS**

**ESTEFANÍA GÓMEZ ARIAS
MARCELA GÓMEZ MONTOYA**

Trabajo de grado para optar al título de Abogado

Asesora: María Catalina Martínez Tamayo

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2010**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, septiembre de 2010

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN	7
1. CONCEPTOS GENERALES SOBRE EL PROFESIONAL Y LAS DIFERENTES RESPONSABILIDADES EN QUE PUEDEN LLEGAR A INCURRIR	9
1.1 CONCEPTO DE PROFESIONAL	9
1.2 DIFERENTES TIPOS DE RESPONSABILIDADES	12
1.2.1 Responsabilidad penal	14
1.2.2 Responsabilidad civil	15
1.2.3 Responsabilidad disciplinaria	17
1.2.4 Responsabilidad Ética-profesional	18
1.3 REFERENCIA A ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO EN LA LEY 1123 DE 2007, CÓDIGO DISCIPLINARIO DEL ABOGADO EN CONCORDANCIA CON LA LEX ARTIS..	20
2. ELEMENTOS GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	266
2.1 NOCIÓN	26
2.2 CLASES	27
2.2.1 Contractual	27
2.2.2 Extracontractual.....	288
2.3 ELEMENTOS	30
2.3.1 Conducta Culposa	30
2.3.2 Nexo causal.....	366
2.3.3. Daño	377
3. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE LOS ABOGADOS	477
3.1 MODALIDADES DEL CONTRATO.....	477
3.1.1 Contrato de mandato	488
3.1.2 Contrato de prestación de servicios	51
3.1.3 Contrato laboral	533
3.2 NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LOS PROFESIONALES	544
3.2.1 Obligaciones de medios y de resultados	555

3.2.2 Criterios para saber si una obligación es de medios o de resultado.....	61
3.2.3 Carga de la prueba.....	633
4. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE LOS ABOGADOS	677
4.1 ACTUAR DEL PROFESIONAL COMO ASESOR O CONSULTOR	688
4.1.1 Deberes relacionados con la asesoría frente a la Ley 1123 de 2007	69
4.2 ACTUAR DEL PROFESIONAL COMO LITIGANTE.....	733
4.2.1 Deberes relacionados con el litigio frente a la Ley 1123 de 2007.....	75
5. CONCLUSIONES.....	80
BIBLIOGRAFÍA.....	844

RESUMEN

En Colombia se ha evidenciado la falta de regulación en materia de Responsabilidad Civil Profesional y es de allí de donde surge la necesidad de determinar cómo opera este tipo de responsabilidad, concretamente en el caso de los abogados.

Es por ello, que el objetivo del presente trabajo de grado consiste en analizar la responsabilidad civil contractual de los abogados cuando estos incumplen sus obligaciones, bien sea en el ámbito litigioso o en el de asesoría. Para tal efecto, la presente investigación se realiza con base en la teoría general de la responsabilidad civil en concordancia con la Ley 1123 de 2007 denominado el Estatuto del abogado.

Con los resultados obtenidos de esta investigación se espera que el lector logre determinar en cada caso concreto, si hubo o no incumplimiento de las obligaciones adquiridas por el abogado, lo cual, dependerá de la labor para la que haya sido contratado. Lo anterior, con la finalidad de establecer si dicho incumplimiento da lugar a que el abogado incurra en responsabilidad civil contractual para que al cliente le sean indemnizados todos los perjuicios que se le hayan ocasionados.

INTRODUCCIÓN

Recientemente, se ha evidenciado un incremento en las acciones de reclamación en diferentes áreas en contra de los profesionales. Primero, se hicieron latentes las acciones de responsabilidad civil en contra de los médicos y profesionales de la salud. Sin embargo, es necesario advertir que hoy en día este fenómeno ha ido creciendo en grandes proporciones, pues se ha extendido a otros ámbitos profesionales, tales como los ingenieros, arquitectos, abogados, entre otros. De esta forma, lo que antes no estaba instituido claramente, hoy se ha vuelto más práctico.

No se puede desconocer la falta de regulación expresa en nuestro país, en la cual no establecen unos parámetros concretos sobre cómo se debe proceder frente a este asunto. En la legislación colombiana, solamente se contempló de manera independiente, un caso típico de responsabilidad profesional, como lo es la responsabilidad de los administradores de personas jurídicas estatutarias consagrada en los artículos 24 y 25 de la Ley 222 de 1995. Es precisamente, de esa falta de regulación, de donde surge la necesidad de analizar la responsabilidad de los profesionales en general y de los abogados en particular debido a sus conocimientos especializados.

Este análisis resulta útil y relevante en tanto que la sociedad permanentemente se mueve en torno a relaciones de prestación de servicios, en donde una persona demanda los servicios de otra profesional, con el fin de satisfacer sus necesidades e intereses, y aquella percibe como contraprestación de su trabajo, una retribución económica. En consecuencia, es a quién brinda el servicio profesional al que deberá responsabilizarse por el incumplimiento de las obligaciones encomendadas en la ejecución de la labor asignada por parte del requirente, en tanto que este

último tendrá a su favor un derecho correlativo de exigir el cumplimiento de las mismas, o en su defecto la indemnización de los perjuicios ocasionados.

El presente trabajo tiene como objetivo abordar el análisis y conceptualización de la responsabilidad civil contractual de los abogados en Colombia. Para tal efecto, en el primer capítulo se hará referencia al marco teórico de las diferentes responsabilidades en que pueden incurrir los profesionales; en el segundo capítulo se analizará el tema de los elementos generales que configuran la responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico colombiano; en el tercer capítulo se expondrá en concreto la responsabilidad civil contractual de los abogados ; en el cuarto capítulo se determinará la responsabilidad civil de los abogados en el manejo de los litigios y finalmente se conceptuará sobre la responsabilidad civil de éstos en asuntos referidos a asesorías.

En consecuencia, esperamos que esta monografía sea una herramienta de consulta, para aquellos que estén interesados en el tema de la responsabilidad civil de los abogados, teniendo en cuenta los conceptos y criterios que se han utilizado para analizar este asunto a la luz de las necesidades que se presentan en la realidad colombiana.

1. CONCEPTOS GENERALES SOBRE EL PROFESIONAL Y LAS DIFERENTES RESPONSABILIDADES EN QUE PUEDEN LLEGAR A INCURRIR

Para hablar de la responsabilidad de los profesionales, se hace necesario determinar en primer lugar de quién hablamos:

1.1 CONCEPTO DE PROFESIONAL

Partiendo de la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, profesión es: *“3. Empleo, facultad u oficio que alguien ejerce y por el que recibe una retribución”*; acto seguido se define al profesional como: *3. Dicho de una persona: que practica una actividad, incluso delictiva, de la cual vive. (...) 5. Persona que ejerce su profesión con relevante capacidad y aplicación*”. De esta forma, se entiende que profesional es aquel que desempeña una actividad que constituye la fuente principal de sus ingresos.

La importancia de determinar qué se entiende por profesionales, radica en establecer a quienes se les podrá atribuir responsabilidad de tipo profesional; pues frente a este tema se ha discutido, si profesional es exclusivamente aquel que ha obtenido un título luego de realizar estudios universitarios o tecnológicos certificados, o si por el contrario, no es el título, sino el suficiente bagaje, conocimiento y experiencia en determinada actividad lo que le otorga este calificativo.

De lo anterior se desprende, que es posible adoptar un concepto amplio de profesional, en el que estén incluidas aquellas personas tituladas que obtuvieron una preparación y calificación especial, aquellos egresados de centros tecnológicos no universitarios, y aquellas personas que sin estudios profesionales son “profesionales de hecho”, pues por su formación en la cotidianidad adquirieron destreza, experiencia y actualización en determinada actividad.

El problema de hacer esta distinción, reside en que algunas profesiones exigen el cumplimiento legal de unos requisitos para su ejercicio, como sucede con los médicos, los contadores, los abogados, etc (profesionales universitarios). Sin embargo, otras profesiones como las de los vendedores, los comunicadores, entre otros, no se exige una calificación especial para su práctica, sino que bastará con haber adquirido conocimientos específicos en determinada área por sus propios medios (profesionales).

Es así, como el concepto de profesional se basa en un criterio meramente subjetivo, pues no se puede desconocer ni negar absolutamente el carácter de profesional a aquellas actividades desarrolladas por personas no tituladas, que por su práctica y constante actualización logran dominar tan bien una materia que podrían incluirse en el ámbito de los profesionales, y por lo tanto estar sujetos a la responsabilidad profesional.

A pesar de la dificultad entorno al concepto de profesional, existen unos criterios para determinar que aquellos que no son titulados se pueden incluir en la categoría de profesionales:

- *Especialidad*
- *Habitualidad*
- *Onerosidad de la actividad*¹.

Sin embargo, la problemática entorno a la pregunta de ¿quiénes son profesionales?, se puede resolver afirmando que en materia de daños todos los profesionales responden por su mala praxis, ya que la inclusión de unos u otros al ámbito de la responsabilidad profesional no se puede fundamentar en criterios

¹ SUESCUN MELO, Jorge. Derecho privado, Estudio de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo.

tales como: la adquisición de un diploma, la jerarquía social que se adquiriera en el ámbito laboral, etc.

De acuerdo a lo anterior, se entiende que los profesionales pueden clasificarse en dos tipos: aquellos que no son titulados, pero que por el conocimiento que han adquirido a lo largo de su experiencia se consideran como tales, y aquellos que obtuvieron un título profesional en una institución acreditada.

Para efectos de esta monografía, se ha entendido que la legislación colombiana sólo otorga la calidad de abogado a aquellas personas que han cumplido con las exigencias académicas y legales, pues por más experiencia con que estos cuenten se requiere de la acreditación profesional, tal y como lo menciona el artículo 3 del Decreto 196 de 1971: *“Es abogado quien obtiene el correspondiente título universitario de conformidad con las exigencias académicas y legales, 4. Para ejercer la profesión se requiere estar inscrito como abogado, sin perjuicio de las excepciones establecidas en este Decreto, y 5. Es requisito para la inscripción haber obtenido el título correspondiente, reconocido legalmente por el Estado”*.

Por su parte, para poder hablar de la responsabilidad de los profesionales, es necesario hacerlo desde la perspectiva de las profesiones de carácter liberal, es decir, de aquellas profesiones en que se incluye el ejercicio de un conocimiento específico adquirido previamente. En estas profesiones impera el aporte intelectual, el conocimiento y la técnica tal y como sucede con los médicos, arquitectos, abogados, etc.

Conforme a la capacidad intelectual, el profesional comúnmente se obliga a prestar servicios sobre la base de los conocimientos específicos que posee, poniendo en el cumplimiento de la tarea encomendada la diligencia y cuidado que la misma requiere. Esto lo hace, cumpliendo con las obligaciones derivadas del contrato y con aquellas que la ley entiende incluidas así no estén pactadas en él,

esto, por ser elementos de la naturaleza del contrato. Dichas obligaciones deben cumplirse a cabalidad so pena de incurrir en responsabilidad.

De esta forma, cuando se incumple con un deber jurídico inherente a la actividad que se estaba desarrollando bien sea por negligencia, descuido, falta de precaución o por imprudencia , provocándose así un daño, se genera una obligación de resarcir el perjuicio ocasionado a otros sujetos por medio de una indemnización con base en la figura de la responsabilidad. Es así, como se entiende que al hacer referencia a la responsabilidad del profesional, realmente se está aludiendo a la responsabilidad civil del profesional.

Conforme a lo anterior, veremos entonces las diversas clases de responsabilidad en que puede incurrir un profesional y específicamente para el tema de esta monografía, el abogado.

1.2 DIFERENTES TIPOS DE RESPONSABILIDADES

Toda responsabilidad tiene su fuente principal en la obligación de no causar un daño a otro, cuando dicha obligación se trasgrede, las consecuencias que se generan por el incumplimiento de un acto o conducta, pueden desencadenar en una serie de consecuencias.

Partiendo de lo anterior, la responsabilidad de los abogados tiene su origen en la trasgresión de un deber, una vez esto ocurre, al trasgresor, que para este caso sería el abogado, se le pueden imputar una serie de responsabilidades de diferentes maneras, al haberse presentado la violación a ese deber general de conducta exigido.

Llegando a este punto, conviene distinguir cuales son las diferentes clases de responsabilidades que se presentan ante el incumplimiento de las obligaciones de

los abogados. Así las cosas, se presentarán brevemente aquellas responsabilidades por las que a un profesional del derecho se le pueden atribuir determinadas consecuencias.

Sumado a lo anterior, cabe resaltar que lo que diferencia cada una de las diversas responsabilidades, es la consecuencia jurídica o no, que se asigna cuando se cumple el supuesto de hecho que sería la actuación dolosa o culposa por parte del profesional.

Dentro de las diferentes responsabilidades se ha hecho referencia por distintos autores a la responsabilidad moral, la cual consiste en un reproche autorreferente de cada sujeto, que depende de los principios que adquiere cada persona. Por lo tanto, es el individuo mismo quien juzga su forma de actuar, pero aquí no hay lugar para ejecutar una consecuencia impuesta por otro, en tanto que no trasciende al mundo jurídico, por esta razón no será objeto de estudio de esta monografía, ya que no se exterioriza ante el mundo, ni logra atribuir consecuencias heterónomamente por medio del Derecho.

De igual forma, existen otras clases de responsabilidades en las que puede verse inmerso un abogado; sin embargo, esto no significa que sea responsable de todas ellas o que no pueda ser analizado por otra. Cada una de ellas tiene naturaleza independiente y genera consecuencias desde una perspectiva diferente.

Dentro de las responsabilidades que pueden implicar resultados consagradas en nuestra legislación para los profesionales del derecho se encuentran:

1.2.1 Responsabilidad penal²

Esta responsabilidad surge por la trasgresión de un tipo penal que se encuentra descrito en el Código Penal Ley 599 del 2000. De esta forma, es la ley la que define las características esenciales de cada tipo penal y la función que la pena deberá cumplir para cada caso en especial. *“La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.”*³

El juez penal será el competente para conocer del proceso e imponer la pena, la cual deberá responder a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, tal y como lo establece el artículo 3 de dicha ley.

El responsable penalmente podrá ser sancionado con cualquiera de las siguientes formas (se enuncian alguna de ellas): **1.** prisión, **2.** prisión domiciliaria, **3.** multa, **4.** inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, **5.** pérdida del empleo o cargo público, entre otras inhabilidades.

Es así como un abogado en el ejercicio de sus funciones, puede llegar a cometer hechos ilícitos o lo que en materia penal se denomina conducta punible, entendiendo por estos la trasgresión al ordenamiento jurídico. Estos hechos son sancionables penalmente, bien sea por un actuar culposos o doloso. Algunos de estos delitos son, fraude procesal, alteración de materia probatoria, asesoría ilegal, cohecho por dar u ofrecer, entre otros.

² Ley 599 del 2000. Código Penal.

³ Ibid, artículo 4.

1.2.2 Responsabilidad civil

Este tipo de responsabilidad surge cuando se da un hecho dañoso que lesiona un patrimonio ajeno y hace recaer en cabeza de quién lo causo la obligación de indemnizar.

Afirma el Doctor Martínez Rave en su libro **La Responsabilidad civil extracontractual en Colombia**, que *“cuando con su conducta profesional, el titulado ocasiona un daño que afecta el patrimonio material y moral de una persona asume la responsabilidad civil que no es más que la obligación de indemnizar, compensar patrimonialmente, todos los perjuicios que con su conducta haya ocasionado el profesional en ejercicio de su oficio.”*⁴

De igual forma, lo afirma el Doctor Javier Tamayo Jaramillo en su libro **Tratado de Responsabilidad Civil** (Tomo I): *“...es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe de indemnizar los daños producidos a terceros”*⁵.

Tradicionalmente, la responsabilidad civil se ha dividido en contractual y extracontractual: La primera de ellas nace por el incumplimiento surgido de las obligaciones de un contrato, mientras que la segunda se ocasiona cuando una persona ha causado daño a otra sin que exista entre las partes ningún nexo contractual.

Para efectos del tema de la monografía, nos referiremos exclusivamente a la responsabilidad de tipo contractual, pues el enfoque se hará desde el actuar de los

⁴ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Medellín: Editorial Diké. p. 487

⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil (Tomo I). Colombia: Ed. Legis, 2009, p. 8.

abogados en el litigio y en las asesorías, lo cual implica la existencia previa de un contrato.

Las fuentes de ese incumplimiento contractual se originan en el incumplimiento puro y simple, que es la imposibilidad de ejecución de la obligación, en el incumplimiento tardío o también llamado inejecución provisional, que es cuando el deudor cumple pero no lo hace oportunamente o en el incumplimiento defectuoso, que es cuando el deudor cumple pero lo hace de forma incompleta ya que falta coincidencia o exactitud entre la prestación debida y la prestación ejecutada, cualquiera de estos obligatoriamente debe producir un daño para que se pueda ejercer esta responsabilidad de tipo civil.

Dicho así, el abogado puede incurrir en responsabilidad civil cuando su conducta dolosa o culposa (negligente, imprudente, imperita) ocasione un daño en el patrimonio de su cliente. De esta forma, es claro que la finalidad de esta figura, consiste en reparar económicamente ese perjuicio patrimonial que se le ha causado a la víctima.

Los perjuicios que se indemnizan son los perjuicios ciertos, en donde se prueba que hay una pérdida económica cierta que le ha causado un daño al cliente o acreedor. Se indemnizan entonces, tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales.

En cuanto al proceso de responsabilidad civil, es la jurisdicción civil la facultada para conocer de este tipo de conflictos y su regulación está sometida al Código Civil, al Código de Procedimiento Civil, y excepcionalmente al Código Penal en cuanto al incidente de reparación integral.

1.2.3 Responsabilidad disciplinaria⁶

Este tipo de responsabilidad se encuentra regulado en el Código Único Disciplinario, Ley 734 del 2002. Allí se consagró que los servidores públicos de las ramas, órganos y entidades del Estado, son los sujetos imputables a este tipo de responsabilidad. Así mismo, es el Estado el titular de la potestad disciplinaria y el poder disciplinario lo tienen las oficinas de control interno de las Personarías Distritales y Municipales y la Procuraduría General de la Nación⁷.

En la responsabilidad disciplinaria se realizará un proceso de investigación para determinar la comisión de una falta, de esta forma resultará una decisión con acierto y validez para sancionar los comportamientos de los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 de esta ley, esto se hará conforme a los principios que rigen el procedimiento disciplinario: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción⁸.

Una vez se establezca que el disciplinado cometió alguna de las faltas consagradas en esta ley, el responsable será castigado con cualquiera de las siguientes sanciones: **1.** Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. **2.** Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas. **3.** Suspensión, para las faltas graves culposas. **4.** Multa, para las faltas leves dolosas. **5.** Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.⁹

Estas sanciones serán independientes de cualquier otra que pueda surgir de la comisión de la falta en los campos penal y civil.

⁶ Ley 734 del 2002. Código Único Disciplinario.

⁷ Ibid, Artículos 2 y 3.

⁸ Ibid, Artículos 4 a 21.

⁹ Ibid, Artículo 44.

1.2.4 Responsabilidad Ética-profesional

Se establece cuando se asumen consecuencias derivadas del incumplimiento de parámetros y directrices en el ejercicio de una profesión. A estos profesionales se les exige más que a un individuo común, en tanto que poseen conocimientos especializados.

De esta forma, se ha entendido que:

El código de ética de cada profesional enmarca una serie de reglas, derechos y deberes que lo limitan y mantienen al margen de caer en errores profesionales y morales, al mismo tiempo guiándolos por el buen desempeño profesional.

Un profesional conlleva consigo una serie de hábitos y costumbres que lo ha adquirido durante toda su vida, no obstante a eso, no todo lo que uno realiza cotidianamente es correcto ante la sociedad, por lo que un profesional tiene que tener la capacidad moral e intelectual para poder diferenciar lo correcto e incorrecto de su profesión(...).¹⁰

Bajo este entendido, los profesionales médicos, los comunicadores, los abogados, entre otros, son tipos de profesiones que se encuentran reguladas por la ética.

La ética profesional del abogado, que será el objeto de estudio de este trabajo, está íntimamente relacionada con la Ley 1123 de 2007 pues a pesar de que en ella no se encuentre referencia explícita sobre la responsabilidad profesional de los abogados, allí se establecen principios que se pueden adoptar como parámetros de conducta de los profesionales en derecho.

En conclusión, la responsabilidad disciplinaria se diferencia de la responsabilidad ética-profesional, en que la primera está consagrada directamente para los servidores públicos de las ramas, órganos y entidades del Estado y es este último

¹⁰<http://74.125.113.132/search?q=cache:gRqz7aEArz0J:www.monografias.com/trabajos11/eticaun/eticaun.shtml+responsabilidad+etica+profesional&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co> RODRIGUEZ, Alejandra.

el titular de la potestad disciplinaria, por su parte la segunda abarca no solo servidores públicos sino también particulares, es decir que la responsabilidad ético-profesional es un reproche frente al incumplimiento de parámetros y directrices de conducta que cualquier profesional debe tener en el ejercicio de sus labores, mientras que la responsabilidad disciplinaria se refiere exclusivamente a aquellos profesionales que ostentan la calidad de servidores públicos y los particulares mencionados en el artículo 53 de la Ley 734

1.3 REFERENCIA A ALGUNOS ASPECTOS SOBRE LOS DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO EN LA LEY 1123 DE 2007, CÓDIGO DISCIPLINARIO DEL ABOGADO EN CONCORDANCIA CON LA LEX ARTIS.

La Ley 1123 de 2007, conocida como el Estatuto del Abogado, regula los deberes, obligaciones y principios rectores en el ejercicio de la abogacía.

Este estatuto está conformado por tres libros, el primero de ellos hace referencia a la parte general, el segundo a la parte especial y por último el tercer libro se refiere al procedimiento disciplinario.

Dentro del primer libro se encuentran los principios rectores y los elementos necesarios para que la Ley 1123 del 2007, sea aplicada. Entre ellos se encuentra su ámbito de aplicación, los sujetos disciplinables, la extinción y sanción de la acción disciplinaria.

Dentro de los sujetos disciplinables se debe de señalar que esta ley en su artículo 19 enuncia:

Son destinatarios de este código los abogados en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas así se encuentren excluidos o suspendidos del ejercicio de la profesión y quienes actúen con licencia provisional.

Se entienden cobijados bajo este régimen los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio, así como los curadores ad litem. Igualmente, lo serán los abogados que en representación de una firma o asociación de abogados suscriban contratos de prestación de servicios profesionales a cualquier título.

Así las cosas, esta ley no solo está dirigida a los abogados en el ejercicio profesional de una función pública o de un litigio sino que su regulación se extiende hasta aquellos profesionales del derecho que se dedican a asesorar empresas, e incluso abarca profesionales excluidos o suspendidos del ejercicio de

la profesión. En todos estos casos se hace necesario conocer los deberes y las obligaciones subyacentes al ejercicio de esta profesión.

Continuando con la enunciación del contenido del Código Disciplinario del Abogado, en su parte especial se reglan los deberes, incompatibilidades, faltas particulares en que puede incurrir el abogado por el ejercicio de su profesión y el régimen sancionatorio para la responsabilidad que se le imputa.

Es de gran importancia sustraer de esta parte especial cuáles son los deberes que tienen los abogados en el ejercicio de sus funciones, pues ellos constituyen los pilares fundamentales sobre las formas como deben proceder los profesionales en derecho; esto constituye parte de la denominada LEX ARTIS (ley del arte) del abogado. Sin embargo, es de aclarar que no se puede limitar la responsabilidad del abogado a la infracción de estos deberes, ya que ellos sólo hacen parte de una lista enunciativa y por lo tanto existen otros deberes por fuera de ésta.

Por Lex artis se entiende el conjunto de conocimientos técnicos y científicos que caracterizan determinada profesión. Por medio de este criterio se determina el acatamiento a las reglas, procedimientos y estándares, que debe de asumir todo profesional para desempeñar sus funciones correctamente.

De la lectura de la Ley 1123 del 2007, se puede analizar entonces la aplicación al concepto de Lex artis del abogado, en la medida en que allí se enuncian algunos deberes que tienen los profesionales en Derecho a la hora de ejecutar sus labores:

ARTÍCULO 28. DEBERES PROFESIONALES DEL ABOGADO. Son deberes del abogado:

1. Observar la Constitución Política y la ley.
 2. Defender y promocionar los Derechos Humanos, entendidos como la unidad integral de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y de derechos colectivos, conforme a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia.
 3. Conocer, promover y respetar las normas consagradas en este código.
 4. Actualizar los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión.
 5. Conservar y defender la dignidad y el decoro de la profesión.
 6. Colaborar leal y legalmente en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado.
 7. Observar y exigir mesura, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos, colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión.
 8. Obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales. En desarrollo de este deber, entre otros aspectos, el abogado deberá fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto.
- Asimismo, deberá acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago.
9. Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios.
 10. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al control de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y a aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo.
 11. Proceder con lealtad y honradez en sus relaciones con los colegas.
 12. Mantener en todo momento su independencia profesional, de tal forma que las opiniones políticas propias o ajenas, así como las filosóficas o religiosas no interfieran en ningún momento en el ejercicio de la profesión, en la cual sólo deberá atender a la Constitución, la ley y los principios que la orientan.

13. Prevenir litigios innecesarios, inocuos o fraudulentos y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos.
14. Respetar y cumplir las disposiciones legales que establecen las incompatibilidades para el ejercicio de la profesión.
15. Tener un domicilio profesional conocido, registrado y actualizado ante el Registro Nacional de Abogados para la atención de los asuntos que se le encomienden, debiendo además informar de manera inmediata toda variación del mismo a las autoridades ante las cuales adelante cualquier gestión profesional.
16. Abstenerse de incurrir en actuaciones temerarias de acuerdo con la ley.
17. Exhortar a los testigos a declarar con veracidad los hechos de su conocimiento.
18. Informar con veracidad a su cliente sobre las siguientes situaciones:
- a) Las posibilidades de la gestión, sin crear falsas expectativas, magnificar las dificultades ni asegurar un resultado favorable;
 - b) Las relaciones de parentesco, amistad o interés con la parte contraria o cualquier situación que pueda afectar su independencia o configurar un motivo determinante para la interrupción de la relación profesional;
 - c) La constante evolución del asunto encomendado y las posibilidades de mecanismos alternos de solución de conflictos.
19. Renunciar o sustituir los poderes, encargos o mandatos que le hayan sido confiados, en aquellos eventos donde se le haya impuesto pena o sanción que resulte incompatible con el ejercicio de la profesión.
20. Abstenerse de aceptar poder en un asunto hasta tanto no se haya obtenido el correspondiente paz y salvo de honorarios de quien venía atendiéndolo, salvo causa justificada.
21. Aceptar y desempeñar las designaciones como defensor de oficio. Sólo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, ser servidor público, o tener a su cargo tres (3) o más defensas de oficio, o que exista una razón que a juicio del funcionario de conocimiento pueda incidir negativamente en la defensa del imputado o resultar violatoria de los derechos fundamentales de la persona designada.

Es así como la palabra Lex artis generalmente se refiere a modelos estándar o adecuados de reglas, principios legales o éticos que se deben de tener en cuenta al momento de llevar a cabo la conducta profesional. Es una medición de la conducta del abogado frente a los encargos que se le han encomendado.

En síntesis, la Lex artis es un punto de referencia sobre la actuación del abogado de acuerdo con los parámetros exigidos por el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, con el que se busca marcar un estándar frente a las posibles actuaciones con dolo o culpa que produzcan un daño.

En concordancia con lo anterior, así como estos deberes son unos parámetros de conducta, también sirven como medio de defensa del abogado para demostrar el cumplimiento los mismos con la finalidad de desvirtuar una pretensión de responsabilidad que se le pretenda atribuir.

Así las cosas, será el juez quien determine si el abogado se exonerará o no de una responsabilidad profesional, de acuerdo al acatamiento que éste haya hecho en mayor o menor medida a los deberes consagrados en dicho artículo de la Ley 1123; pues ellos son los presupuestos esenciales para demostrar el cumplimiento o incumplimiento imputable al mismo, ya que al ser considerados como Lex artis del ejercicio del derecho en Colombia, constituyen las bases para demostrar la existencia de diligencia y cuidado con que el profesional llevó el encargo encomendado.

Continuando con la enunciación que se venía presentando de la ley, el Estatuto del Abogado regula en su última parte el procedimiento disciplinario, el cual está compuesto por los principios rectores y el procedimiento que se debe de llevar a cabo, sin embargo; para efectos de este trabajo no se analizará ninguno de estos títulos, en tanto que no son objeto de estudio de esta monografía.

En conclusión, si bien es importante la Ley 1123 de 2007 para el ejercicio del derecho, en tanto que en ella se consagran los principios rectores, las clases de faltas disciplinarias, los sujetos sancionables, las sanciones y el procedimiento; la misma no especifica cual es el tipo de responsabilidad civil en que incurren los abogados ante el incumplimiento de esta ley, pues habla de deberes mas no de consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad civil profesional, sino de consecuencia jurídicas disciplinarias, dejando por fuera las sanciones indemnizatorias a que habría lugar en caso de incumplimiento de estos deberes.

2. ELEMENTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A continuación se realizará una referencia al tema de la responsabilidad civil en general, con la finalidad de ubicar al lector ampliamente en esta institución, para posteriormente analizar el asunto que realmente nos ocupa en esta monografía: la responsabilidad civil de los abogados.

2.1 NOCIÓN

En el lenguaje convencional responsabilidad se refiere a la *“Obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal”*¹¹. *“Obligación de responder de un daño ante la justicia y de responder por las consecuencias civiles, penales, disciplinarias, etc, de ese daño (sea respecto a la víctima o a la sociedad)”*¹².

De manera similar, se ha definido jurídicamente el concepto de la responsabilidad civil, entendiendo por esta: *“toda obligación de responder civilmente del daño que se le ha causado a otro, esto es, de repararlo en especie o por equivalente (principalmente pagando una indemnización)”*¹³.

Así lo señala el Doctor Javier Tamayo Jaramillo en su libro **Tratado de la Responsabilidad Civil** al establecer que:

La responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños producidos a terceros. Ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones

¹¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

¹² Vocabulario jurídico, Asociación Henri Capitant. Editorial Temis. p. 770

¹³ Vocabulario jurídico, Asociación Henri Capitant. Editorial Temis. p. 771

legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia.¹⁴

De acuerdo con estos conceptos, la responsabilidad civil consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que le ha causado a otra como consecuencia de su actuación ilícita¹⁵, con la finalidad de conservar el equilibrio patrimonial que aquella tenía antes de la causación del perjuicio. Dicho así, la responsabilidad civil parte de una relación entre dos o más personas, en donde hay una(s) que causa un daño y otra(s) que lo padece como víctima de una situación ilícita, siendo esta última la persona legitimada para solicitar la reparación del daño ocasionado.

2.2 CLASES

2.2.1 Contractual

El Código Civil consagró como fuente de la responsabilidad civil el contrato, entendiendo por este *“un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas”*¹⁶. De esta forma prescribió que:

Art. 1602.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Art. 1603.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

Art. 1604.- El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en

¹⁴ TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit. p. 8.

¹⁵ Entendiendo por ésta según Javier Tamayo que *“el hecho jurídico es ilícito cuando una persona con su acción o con su omisión realiza conductas que están previamente prohibidas por el ordenamiento jurídico”*. TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit. p. 6.

¹⁶ Art. 1495 C.C.

los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

De la lectura de estos artículos, se desprende que la responsabilidad civil contractual es la obligación para el contratante de reparar en especie o en dinero el daño causado, que surge del incumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato, bien sea puro y simple (total), moroso, o defectuoso (parcial).

2.2.2 Extracontractual

La responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en el Código Civil en el artículo 2341 *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”* La doctrina y la jurisprudencia la han definido como aquella responsabilidad en que incurre una persona por haber causado un daño a otra sin que previamente se hubiere establecido una relación jurídica entre ellas, creándose con esto la obligación de indemnizar económicamente a la persona perjudicada con el daño.

Dicho así, la responsabilidad civil extracontractual, es aquella que existe cuando una persona causa, bien sea por si misma (por el hecho propio), por medio de otra (por el hecho ajeno), o por una cosa de su propiedad o que está bajo su custodia (por el hecho de las cosas o por actividades peligrosas), un daño a otra persona,

respecto de la cual no se encontraba ligada por un vínculo jurídico anterior relacionado con el daño producido.

De acuerdo con el tema objeto de estudio de la presente monografía la anterior clasificación nos lleva a excluir la responsabilidad civil de tipo extracontractual, esto teniendo en cuenta que el origen de la relación entre el cliente y su abogado proviene de un contrato; de allí, que al éste ser incumplido se genere responsabilidad civil *contractual* de los abogados en oposición a la responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, esto no implica que no haya lugar a atribuir responsabilidad a los profesionales en derecho extracontractualmente, pues es claro que en ocasiones se pueden ocasionar perjuicios por fuera del contrato, derivados de hechos y actuaciones ilícitas, pero ello como se menciono anteriormente no es tema de esta monografía; teniendo en cuenta que ésta se centra en la responsabilidad civil contractual.

Elementos generales de la Responsabilidad Civil. Antes de entrar a realizar este análisis, es necesario precisar que parte la doctrina mayoritaria considera que los elementos generales de la responsabilidad civil son: la conducta, el daño y el nexo causal entre estos dos; sin embargo, otros autores como Felix A. Trigo Represas, los hermanos Mazeaud, entre otros, piensan que en vez de la conducta pura y simple, lo que debe haber es culpa, sin embargo no discrepan sobre los otros dos elementos: daño y nexo de causalidad.

El problema que se genera al establecer el elemento culpa como una condición sin la cual no existe la responsabilidad civil, es que en Colombia es posible atribuir responsabilidad objetiva, en la cual bastará con la realización de una conducta que cause un daño. Entre tanto, la existencia de la responsabilidad objetiva en nuestro país demuestra que el elemento culpa no es indispensable, sino más bien contingente en cuanto al tema de la responsabilidad civil.

Para concluir, si bien en la teoría general existe la responsabilidad objetiva, es importante decir que en materia de profesionales aplica la teoría subjetiva que exige el elemento culpa, el cual en adelante será un tema importante en esta monografía, en la medida en que en este trabajo se alude a un profesional en concreto, el abogado.

2.3 ELEMENTOS

2.3.1 Conducta Culposa

En la responsabilidad civil contractual o extracontractual, es necesario que haya un comportamiento activo u omisivo por parte del responsable, pues de no existir éste, sería imposible hablar de cualquier tipo de responsabilidad, incluyendo la civil.

La conducta que da lugar a la responsabilidad, consiste en un comportamiento activo u omisivo de un individuo que actuó de forma dolosa, es decir con la intención de dañar, o culposamente, esto es, con negligencia, imprudencia o impericia.

Por negligencia se entiende una omisión consciente, un descuido o un NO hacer pudiendo o debiendo hacerlo. Por ejemplo existe *“negligencia médica al no aplicar o dejar de aplicar unas técnicas que son comúnmente aceptadas en el medio científico”*¹⁷. También se ha entendido como *“lo que demuestra la negligencia, la falta de cuidado y diligencia (...)”*¹⁸.

¹⁷ Sentencia 1997-03225 de agosto 19 de 2009. Consejo de Estado. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹⁸ Sentencia 4345 de febrero 22 de 1995 Corte Suprema de Justicia. Magistrado ponente: Carlos Esteban Jaramillo Schloss

Por imprudencia se entiende realizar algo que no se debía hacer, pues a pesar de la representación de ciertas circunstancias como peligrosas, se deja el resultado imprudente a la suerte.

Y por impericia se denota la falta de experiencia que alguien tiene en determinado campo de actuación, esto, por la falta de una práctica prolongada que es la que proporciona el conocimiento o la habilidad para hacer algo.

De esta forma, la distinción entre el comportamiento activo u omisivo en la responsabilidad civil radica en que cuando se interviene en una situación activamente, el sujeto obra con la finalidad de modificar el mundo exterior; caso contrario ocurre en la omisión, en donde el sujeto se abstiene de actuar conforme a un deber que le había sido impuesto.

En conclusión, la responsabilidad civil exige el comportamiento activo u omisivo de un agente, pues es de su actuación o de su omisión de donde va a provenir el daño que lo hará responsable civilmente.

Algunas instituciones de la responsabilidad civil contractual o extracontractual exigen un factor subjetivo, es decir, que la conducta causante del daño sea culposa para que se pueda atribuir la responsabilidad civil.

Continuando con lo anterior, diversos autores como los hermanos Mazeaud en su libro **Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual**, han definido la culpa así: *“la culpa es un error de conducta en que no habría incurrido una persona advertida y prudente, colocada en las mismas circunstancias externas en que obro el autor del daño.”*¹⁹

¹⁹ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual. Tomo I, volumen I. Buenos Aires. 1977. p. 52.

Para Trigos Represas en su libro **Seguros y responsabilidad civil**:

Existe culpa cuando por negligencia, descuido, falta de precaución o por imprudencia, no se ha obrado como se hubiese debido hacerlo, provocándose así un daño, pero sin que mediase un propósito deliberado en tal sentido por parte del agente; no se cumple, pues, con el deber jurídico preexistente simplemente porque el obligado no ha tenido el cuidado o la previsión de adoptar las medidas necesarias para ello. Y aun se ha dicho, criterio que compartimos, que la culpa puede presentarse en dos formas: como negligencia, caso en el cual el sujeto omite cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso, hace menos de lo que debe; y como imprudencia, caso en el cual el sujeto obra precipitadamente o sin prever por entero las consecuencias en las que podía desembocar su proceder irreflexivo, hace más de lo que debe.²⁰

En términos del Doctor Tamayo *“la culpa en sentido psicológico está dada por la negligencia, la imprudencia o la impericia que hacen que el agente se comporte de una determinada manera. Existirá culpa normativa cuando el agente, independientemente del elemento psicológico, haya violado disposiciones normativas que le imponían deberes concretos. Esta definición es válida para la culpa contractual y para la extracontractual”*²¹.

Conforme a la definición generalizada sobre la culpa, cabe decir que quien actué negligente, imprudentemente o con impericia y con ello causa un daño tutelado por el ordenamiento jurídico, estará obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados.

Teniendo en cuenta las anteriores definiciones, por culpa se va a entender un actuar ilícito, lo cual quiere decir que transgrede el ordenamiento jurídico y con ello el principio de prudencia que prescribe no causar daño a nadie (artículo 2341 C.C.). Dentro de ese actuar ilícito se ubican tres comportamientos, negligencia, imprudencia o impericia, entendiendo el primero como una omisión consciente o

²⁰ TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S. Seguros y Responsabilidad Civil. Editorial Astrea. p. 25

²¹ TAMAYO JARAMILLO, Op. Cit. p. 224.

descuido; el segundo como un actuar sin cautela dentro de un rango de alto riesgo y el último como la falta de experiencia en determinado campo.

Es en este punto, donde cabe decir que una de las diferencias relevantes entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual es el elemento culpa, pues en la primera de ellas se presenta una graduación tripartita de ésta, mientras que en la responsabilidad extracontractual esto no ocurre.

Teniendo en cuenta que esta monografía pretende estudiar la responsabilidad civil de los abogados en el ámbito contractual, a continuación se expondrá la clasificación de la culpa que trae la legislación colombiana.

El artículo 63 del Código Civil colombiano consagra una clasificación tripartita de la culpa en materia contractual, teniendo en cuenta que en la responsabilidad civil extracontractual la intensidad de la culpa no tiene incidencia, en la medida en que allí solo existe un grado de culpa, entendido como un *“error de conducta en que no habría incurrido una persona advertida y prudente, colocada en las mismas circunstancias externas en que obro el autor del daño.”*²²

Artículo 63 Código Civil colombiano:

La ley distingue tres especies de culpa y descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El

²² MAZEAUD y TUNC. Op. Cit.

que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa levísima o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

Esta clasificación, debe concordarse con el artículo 1604 del Código Civil, pues de la lectura de este artículo es de donde se deduce que la graduación de la culpa opera exclusivamente en materia contractual, y ésta depende de a favor de quien esté el interés en el contrato, es decir si aquel favorece al acreedor, al deudor o ambos así:

El deudor no es responsable sino de la **culpa lata** en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la **leve** en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la **levísima** en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

En conclusión esta clasificación de la culpa adquiere relevancia en el ámbito académico; sin embargo, jurisprudencialmente se ha evidenciado que esta división tripartita no es utilizada cuando se está hablando de obligaciones de medios y de resultado, como sucede en los casos de responsabilidad profesional, ya que aquí lo que se analiza es el grado de diligencia y cuidado con que los profesionales actúan, lo que implica dejar de lado la clasificación anteriormente realizada que atiende más a criterios de interés y utilidad a favor de quien se celebra el contrato.

Lo anterior, se evidencia en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 30 de enero de 2001 (Exp. 5507), con magistrado ponente: José Fernando Ramírez:

Luego de referirse a los antecedentes del caso, anota el Tribunal que las obligaciones que competen a médicos y clínicas son de medio. Seguidamente dice que la distinción entre éstas y las de resultado, ha servido a la jurisprudencia prevalente en el campo de la responsabilidad contractual, para imponer al acreedor de la primera la carga de demostrar que el deudor no fue cuidadoso o diligente. De ahí entonces, que en caso de reclamación el paciente debe probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar la ausencia de curación, puesto que aquélla no se presume.

Luego expone la sentencia:

No obstante, algún sector de la doctrina afirma que la legislación civil colombiana no permite acudir a la diferencia anterior, de estirpe francesa, con el argumento de que esa ella (sic.) no contempla el sistema tripartito de la culpa, ni prevé que la inejecución de un contrato presume la culpa del deudor, como sí sucede en aquella. Perspectiva de la cual se concluye que en nuestro régimen, establecida la inejecución de las obligaciones nacidas de un contrato, el deudor debe acreditar que el incumplimiento le es inimputable por causa de fuerza mayor o, si se obligó a realizar una serie de actos, que obró con la diligencia y cuidado -ausencia de culpa- necesarios según la utilidad o beneficios buscados con la negociación, en los términos del artículo 1604 del Código Civil, independientemente si su prestación era de medio o de resultado (Arts. 1604, 1730 y 1757).

De donde, en tratándose de responsabilidad contractual, el médico tiene a su cargo demostrar que actuó con el conocimiento suficiente y con el cuidado y diligencia sumo con el que otro en su lugar, versado en la misma ciencia, hubiese responsablemente actuado en igualdad de circunstancias. O, lo que es lo mismo, que el médico tiene que probar la idoneidad del tratamiento que prescribió al paciente o de la intervención que practicó. (La Responsabilidad Civil Médica, Felipe Vallejo García. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia N°s 300-301).

La Sala acoge la segunda de las tesis expuestas, ya que el artículo 1137 del Código Civil Francés, del que emana el concepto de obligaciones de medio y de resultado, no fue reproducido en el correspondiente al colombiano y en cambio en éste, a diferencia de aquél, en el citado 1604 estatuye la responsabilidad del deudor de acuerdo con la especie de culpa establecida en proporción a la utilidad que a su favor surge del contrato, y determina que la prueba de la diligencia y cuidado incumbe al que ha debido emplearlo.

2.3.2 Nexa causal

Para que se pueda configurar la responsabilidad civil, debe existir una causalidad directa entre el incumplimiento de las obligaciones del contrato (si es responsabilidad civil contractual) o el hecho ilícito (si es responsabilidad civil extracontractual) y el daño o perjuicio causado.

Así lo expresa el Doctor Javier Tamayo:

Puede suceder que una persona se haya comportado en forma ilícita y en forma paralela o simultánea un tercero haya sufrido un perjuicio. En tales circunstancias, no existirá responsabilidad civil de quien se comportó en forma ilícita mientras dicha persona no haya sido la causante del perjuicio sufrido por la víctima. En general, ésta es una exigencia de todo el mundo normativo, sea religioso, moral o jurídico. Uno solo responde por los efectos de su propia conducta.²³

Lo anterior, significa que para que a un individuo le sea atribuible responsabilidad civil, es necesario que el daño haya sido proveniente directamente de un hecho que le es imputable al responsable, en caso de no ser así, el nexa causal se romperá y en consecuencia no podrá hablarse de responsabilidad civil, en tanto que el daño no ha sido causado por el agente.

Una de las asuntos problemáticas entorno a la cuestión del nexa de causalidad es el tema probatorio, ya que en la práctica difícilmente se logra demostrar con certeza absoluta el nexa de causalidad. Es por esto, que el juez deberá echar mano de todos aquellos medios probatorios que le permitan lograr una convicción de la existencia del nexa de causalidad y por lo tanto de la atribución de responsabilidad civil al agente responsable.

En conclusión, el nexa causal es la columna vertebral que permite demostrar la existencia de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual, pues

²³ TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit. p. 248.

se afirma que *“el nexo causal se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado. La jurisprudencia y la doctrina indican que para poder atribuir un resultado a una persona y declararla responsable como consecuencia de su acción o su omisión, es indispensable definir si aquel aparece ligado a esta por una relación de causa-efecto. Si no es posible encontrar esa relación mencionada, no tendrá sentido alguno continuar el juicio de responsabilidad.”*²⁴ En esa medida, deberá el juez construir con base en elementos probatorios, el fundamento que soporta la responsabilidad civil a que haya lugar.

2.3.3. Daño

Para que exista responsabilidad civil contractual o extracontractual, es necesario que se haya producido un daño a la víctima fruto de la actuación u omisión del agente responsable; pues no bastará con el simple comportamiento culposos para que haya lugar a ella.

Por daño se entiende:

Atentado sufrido por una persona en su cuerpo (daño corporal), en su patrimonio (daño material o económico) o en sus derechos extrapatrimoniales (pérdida de un ser querido, atentado contra el honor) que causa en la víctima un derecho a la reparación cuando se deriva, ya sea del incumplimiento de un contrato, ya sea de un delito o de un cuasidelito o ya de un hecho por el que la ley o los tribunales imponen a alguien esa carga. Por ejemplo la responsabilidad civil es obligación de reparar el daño que se causó a otro²⁵.

²⁴ PATIÑO, Héctor. Responsabilidad Civil Extracontractual y causales de exoneración, aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano. p. 193

²⁵ Vocabulario jurídico, Asociación Henri Capitant. Editorial Temis. p. 254

En este sentido se afirma que la ocurrencia de un daño supone toda destrucción o disminución patrimonial o extrapatrimonial, pues éste se genera por el menoscabo o por la afectación de un bien o de un interés lícito protegido; daño que deberá cumplir con unos requisitos para poder ser indemnizable. De esta forma, el daño constituye un elemento indispensable para solicitar la indemnización de perjuicios, toda vez que esta figura precisamente lo que busca es indemnizar un perjuicio.

Siguiendo con este orden, a continuación se exponen los requisitos necesarios para que el daño sea indemnizable.

Cierto: La víctima tendrá derecho a que le indemnicen cuando su demanda no esté basada en una simple hipótesis o expectativa, sino en un daño que con certeza se ha producido. Sin embargo, el daño también puede ser futuro e indemnizable, siempre que el juez se convenza de su certeza y los catalogue como tal, a esto se le denomina según el Profesor Fernando Moreno, el daño virtual, aquí el juez tendrá que preguntarse cuando en el curso normal de las cosas una persona muy probablemente obtendría un beneficio, dicho en otras palabras, el juez analiza el transcurso normal de una situación y si comúnmente se da ese resultado el juez lo entiende como daño virtual cierto.

Adicionalmente, dentro de este ámbito se ha reconocido otro tipo de daño, el cual se ha tenido en cuenta como objeto de indemnización, denominado “Pérdida del chance o pérdida de la oportunidad”, entendiendo por ésta:

Hablamos de pérdida de oportunidad, cuando la víctima está en una situación en la que el hecho del agente le impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio o le evite un daño. Las condiciones están dadas de tal manera que es igualmente lógico y esperable que el beneficio se obtenga o no. La posibilidad existe y ya no es cuestión del paso del tiempo o de confluencia de otros factores, sino que solo falta que intervenga la causa esperada que desatará la expectativa.²⁶

²⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Tomo IV De los perjuicios y su indemnización. p. 34.

La pérdida de la oportunidad tiene relación directa con uno de los requisitos indispensables para que el daño sea indemnizable, la certeza, pues es por medio de este elemento que se constata si el daño es pasado, presente o futuro, teniendo este último tal entidad de certeza que pueda ser indemnizable.

Dicho así, la pérdida del chance es un perjuicio cierto, pues puede suceder que a veces una persona no tiene un daño específico y concreto, ni un daño virtual, sino sólo una expectativa de *tal vez* llegar a obtener un beneficio y es allí donde el responsable con su actuación le hace perder esta situación de expectativa. En este punto, el perjuicio no consiste en perder un beneficio, ya que nada garantiza que éste se fuera a obtener; sin embargo, de lo que no cabe duda, es que se perdió la expectativa, la oportunidad de obtener una ganancia, por lo tanto podrá pedirse la indemnización de la pérdida de oportunidad.

La dificultad de este tipo de perjuicio radica en la estimación, ya que es el juez quien tendrá que tratar de valorar el grado de posibilidades, es decir, cuántas oportunidades realmente tenía la persona de obtener ese beneficio antes de que ocurriera el hecho, para así poder solicitar la indemnización, pues si el juez estima que las posibilidades son pocas, el perjuicio sería hipotético y por lo tanto no podría pedirse la indemnización.

Es así como surge entonces la pregunta sobre ¿cómo se tasa la pérdida del chance? Una Sentencia de mayo de 2005 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha dicho que *“La estimación del perjuicio por pérdida de oportunidad, se circunscribe a aquellos eventos en los cuales se hubiere privado al actor de la oportunidad de recibir un beneficio derivado de una situación de hecho que se encuentra probada, siendo del arbitrio del juez tasar su porcentaje de reconocimiento.”*²⁷

²⁷ Sentencia de Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Providencia No. 45, de 26 de Mayo 2005.

Igualmente, CHABAS en su artículo *“La Pérdida de una oportunidad (“Chance”) en el Derecho Francés de la responsabilidad civil.”*, expresa la dificultad para tasar estos perjuicios por pérdida de oportunidad, pues los mismos implican examinar en concreto la situación del paciente, lo que a su vez hará que exista cierta arbitrariedad en la apreciación de las oportunidades.

Si el perjuicio es la pérdida de oportunidades de sobrevivir, es normal, para calcular ese perjuicio, que el juez busque primero cuánto vale la vida y después aplique a ese monto el coeficiente de oportunidades.

Esta búsqueda del coeficiente de oportunidades es, por su parte, una operación de las más complejas. Ella supone que el experto determine cuántas posibilidades (oportunidades) tenía el paciente de morir, si él hubiera sido bien cuidado, cuando el médico ejecutó los actos incriminados.

Pero este examen ex-post es siempre la mayor dificultad en la materia: será muy difícil determinar las oportunidades que tenía un candidato de pasar un concurso, un demandante de ganar un proceso, un caballo de ganar una carrera. Sobre todo que, al momento en que se examinan las oportunidades, éstas están, por definición, definitivamente comprometidas.²⁸

En una sentencia del 27 de marzo de 1984, la Corte de Bourges³⁹ consideró que en materia de procesos perdidos por la culpa de un abogado, el perjuicio estaba siempre limitado a la pérdida de una oportunidad de obtener una sentencia favorable si los intereses en juego hubieran sido leal y normalmente defendidos por el abogado³⁹. Pero en el caso, la Corte fija el porcentaje de esas oportunidades en el 100% si la pérdida proviene únicamente de una caducidad, una predusión (“forclusion^M”) o una perención.²⁹

Por su parte, en Colombia generalmente los jueces han admitido que se indemnice el 100% del daño; sin embargo esto ha sido criticado, al considerarse que la tasación del monto debe realizarse en proporción a la expectativa (de

²⁸ CHABAS, Francois. *La Pérdida de una Oportunidad (“Chance”) en el Derecho Francés de la Responsabilidad Civil*. Traducido por Fernando Moreno Quijano. p. 23

²⁹ Ibid. p. 23

ganar o de perder un beneficio) que se tenía al momento en que se causó el daño, tal y como lo han reconocido otros países, entre ellos Francia.

No obstante lo anterior, y a pesar de que la jurisprudencia colombiana pocas veces se ha pronunciado sobre la pérdida de oportunidad, pues si bien no existe, un fundamento normativo que la consagre, nuestros tribunales la han acogido, aceptando este tipo de indemnización, así lo demuestra una sentencia de octubre de 1964 de la Corte Suprema de Justicia:

De vieja data la jurisprudencia alemana y más recientemente la francesa siguiendo una avanzada corriente doctrinal, han llegado a declarar que hay lugar al resarcimiento aun por la pérdida de una probabilidad, cuando esta es cierta, entendiendo por cierta la que conforme a las circunstancias del caso concreto presenta un mínimo de posibilidades de frustración. Es suficiente que de las condiciones particulares del hecho y del curso normal de la cosas resulte la probabilidad objetiva de obtener un provecho, para que su frustración sea motivo de resarcimiento aunque no se tenga un título jurídico que lo garantice. Esa probabilidad objetiva permite dar el daño por cierto, cuando se presenta en el más alto grado, que su existencia es algo tan real que al desaparecer o perderse no puede menos de ocasionar un detrimento de carácter patrimonial.³⁰

Es importante además observar como se ha mantenido esta posición en los tribunales colombianos, y así lo demuestra uno de los pocos casos que permiten apreciar la figura de pérdida del chance.

Si bien es cierto que no existe certeza en cuanto a que de haberse realizado un tratamiento oportuno el paciente no hubiera muerto pues nunca se tuvo un diagnóstico definitivo de la enfermedad que padecía, sí lo es en cuanto a que el retardo de la entidad le restó oportunidades de sobrevivir. Se trata en este caso de lo que la doctrina ha considerado como una “pérdida de una oportunidad.

Al respecto dice Ricardo de Angel Yaguez:

Es particularmente interesante el caso sobre el que tanto ha trabajado la doctrina francesa, esto es, el denominado la *perte d'une chance*, que se podría traducir como ‘pérdida de una oportunidad’.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de octubre de 1964. Pág 531

CHABAS ha hecho una reciente recapitulación del estado de la cuestión en este punto, poniendo, junto a ejemplos extraídos de la responsabilidad médica (donde esta figura encuentra su más frecuente manifestación), otros como los siguientes: un abogado, por negligencia no comparece en un recurso y pierde para su cliente las oportunidades que éste tenía de ganar el juicio; un automovilista, al causar lesiones por su culpa a una joven, le hace perder la ocasión que ésta tenía de participar en unas pruebas para la selección de azafatas.

Este autor señala que en estos casos los rasgos comunes del problema son los siguientes: **1.** Una culpa del agente. **2.** Una ocasión perdida (ganar el juicio, obtención del puesto de azafata), que podía ser el perjuicio. **3.** Una ausencia de prueba de la relación de causalidad entre la pérdida de la ocasión y la culpa, porque por definición la ocasión era aleatoria. La desaparición de esa oportunidad puede ser debida a causas naturales o favorecidas por terceros, si bien no se sabrá nunca si es la culpa del causante del daño la que ha hecho perderla: sin esa culpa, la ocasión podría haberse perdido también. Por tanto, la culpa del agente no es una condición sine qua non de la frustración del resultado esperado.

En el terreno de la Medicina el autor cita el caso de una sentencia francesa. Una mujer sufría hemorragia de matriz. El médico consultado no diagnostica un cáncer, a pesar de datos clínicos bastante claros.

Cuando la paciente, por fin, consulta a un especialista, es demasiado tarde; el cáncer de útero ha llegado a su estado final y la enferma muere. No se puede decir que el primer médico haya matado a la enferma.

Podría, incluso tratada a tiempo, haber muerto igualmente. Si se considera que el perjuicio es la muerte, no se puede decir que la culpa del médico haya sido una condición sine qua non de la muerte. Pero si se observa que la paciente ha perdido ocasiones de sobrevivir, la culpa médica ha hecho perder esas ocasiones. El mismo razonamiento se puede aplicar a un individuo herido, al que una buena terapia habría impedido quedar inválido. El médico no aplica o aplica mal aquella terapéutica, por lo que la invalidez no puede evitarse. El médico no ha hecho que el paciente se invalide, sólo le ha hecho perder ocasiones de no serlo.

En conclusión la falla del servicio de la entidad demandada que consistió en la falta de diligencia para realizar un diagnóstico oportuno de la enfermedad sufrida por el paciente e iniciar de manera temprana el tratamiento adecuado, implicó para éste la pérdida de la oportunidad de curación y de sobrevivir y por esta razón el ISS deberá indemnizar a la demandante por los perjuicios sufridos con la muerte de su esposo.³¹

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. 26 de abril de 1.999. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Exp. 10.755

De la lectura conjunta del artículo de Francois Chabas y de ésta Sentencia del Consejo de Estado, puede concluirse que en Colombia se ha admitido la indemnización de perjuicios con base en el concepto pérdida de oportunidad y que la misma no solamente constituye un análisis estrictamente académico sino también práctico.

Por su parte, para que la indemnización de un daño sea procedente, se requiere que el mismo tenga las siguientes características. Cabe agregar, que la siguiente clasificación es sostenida por autores como el Doctor Javier Tamayo y el Doctor Fernando Moreno, profesor de obligaciones de la Universidad EAFIT en el año 2006.

- Directo: El daño tiene que estar soportado en un nexo de causalidad, es decir, para que el daño sea indemnizable debe haberse originado en el incumplimiento de un contrato o en un hecho imputable al responsable.
- Personal: Este más que un requisito, hace referencia a quién está legitimado para cobrar el daño. En principio reclama el daño quien lo sufre, sin embargo cuando existen víctimas indirectas, como sus herederos, éstas también podrán ir en búsqueda de la indemnización. Es así como el Doctor Javier Tamayo hace referencia a este requisito en su libro Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II cuando argumenta que *“Esto quiere decir que sólo la víctima del daño, o sus herederos, tienen derecho a demandar su reparación.”*³²
- Lícito: El daño debe afectar un interés lícito, pues si es ilícito no será digno de de protección, en tanto que no se le considera un verdadero daño. Así lo expresa el Doctor Tamayo Jaramillo *“Para que el daño sea reparable, además de ser personal y cierto, debe haber afectado un beneficio del que lícitamente disfrutaba la víctima; es decir, se requiere que el causante del daño no tuviera*

³² TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit. p. 421

el derecho de producirlo, ya que la víctima tenía el derecho a disfrutar del beneficio alterado.”³³

Teniendo en cuenta los requisitos anteriormente enunciados que son requisitos necesarios para la indemnización del daño, En Colombia se maneja una clasificación general de daños o perjuicios: patrimoniales y extrapatrimoniales:

Patrimoniales: Son aquellos que generan un menoscabo en el patrimonio de la víctima. Se clasifican en:

- Daño emergente: El artículo 1614 del Código Civil lo define como *“Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”*. Esto significa que es la suma de dinero que sale del patrimonio de la víctima para superar las consecuencias del daño.
- Lucro Cesante: El artículo 1614 del Código Civil lo define como *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”*. De esta forma, el lucro cesante consiste en el ingreso que deja de entrar al patrimonio del perjudicado como consecuencia del daño sufrido.

Dicho de otra forma, el daño emergente se refiere a la disminución patrimonial que sufre una persona, en tanto que, el lucro cesante es la imposibilidad de un aumento del patrimonio.

Extrapatrimoniales: consisten en la afectación a la esfera no patrimonial de la víctima, es decir que estos perjuicios no tienen una naturaleza económica en el sentido que no se les puede medir en dinero, a diferencia de los daños

³³ TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit. p. 440

patrimoniales en donde se puede encontrar un valor de reemplazo más o menos exacto al perjuicio.

Dentro de esta categoría se ubica el daño moral subjetivo, correspondiente al 1. Dolor físico y moral, al temor, y la angustia generada en la víctima directa, 2. Es el mismo daño moral subjetivo pero de las víctimas indirectas y 3. el daño fisiológico, hoy llamado perjuicio a la vida en relación, es el que como consecuencia del daño la víctima no puede desarrollar actividades que antes podía realizar, bien sea por pérdida de la integridad física, por una discapacidad o por un cambio radical en las condiciones de existencia de la persona.

De esta forma expresa el Consejo de Estado en Sentencia de agosto de 1992 que:

El daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados " daño a la vida de relación", corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial – distinto del moral – es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre. Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión préjudice d'agrément (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles, tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo.³⁴

Dicho así, el reconocimiento de daño a la vida en relación, no sólo abarca las lesiones corporales, sino también las distintas situaciones que alteran la vida de la

³⁴ Sentencia Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera Agosto 13 De 1992, MP Daniel Suarez Hernández.
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uVaN7w35OXgJ:www.scare.org.co/scare/ScarePlan1.aspx%3FID%3D131+sentencia+da%C3%B1o+extrapatrimonial&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=co>

víctima y de sus parientes más cercanos. Adicionalmente, este perjuicio deberá acreditarse por cualquier medio probatorio para que sea plenamente reconocido.

3. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE LOS ABOGADOS

3.1 MODALIDADES DEL CONTRATO

La función de todo profesional consiste en brindar determinados servicios al público sobre la base de conocimientos en los cuales se ha especializado por medio de destrezas, experiencia y actualización, para lo cual se usan determinadas herramientas jurídicas como lo son los contratos, estos pueden ser diferentes modalidades dependiendo de la labor que vaya a realizar el profesional y específicamente el abogado.

Al respecto, el profesor Iturraspe manifiesta en su obra **Responsabilidad por Daños, Tomo VIII, responsabilidad de los profesionales** que *“Todos los profesionales brindan a los consumidores sus servicios: un hacer, un trabajo, un servicio, aunque parezca redundante o excesivo. Las obligaciones que prometen, como deudores, se califican precisamente de obligaciones de hacer y cuando se penetra en los contratos, se alude a la locación de servicios”*³⁵.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que la prestación de esos servicios profesionales generalmente emana y se regula en el marco de una relación contractual, en donde una persona se obliga con otra a hacer a cambio de una remuneración.

Dicho así, los profesionales desarrollan sus actividades inmersos en un contrato, entendiendo por éste una *“modalidad de convención que tiene por objeto el crear una obligación”*³⁶. Para esto, la ley ha consagrado diferentes modalidades de contratación de un profesional, a las cuales haremos una breve referencia:

³⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Tomo VIII: responsabilidad de los profesionales, p. 30

³⁶ Vocabulario jurídico, Asociación Henri Capitant. Editorial Temis. p. 216

Contrato de mandato, de prestación de servicios-arrendamiento de servicios y contrato laboral.

3.1.1 Contrato de mandato

El Código Civil colombiano lo define en el artículo 2142 así: *“es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”*

Como características fundamentales del mandato se pueden mencionar las siguientes:

Por medio del contrato de mandato, un sujeto denominado mandante le encarga una gestión a otro individuo llamado mandatario, que es quien ejecuta la gestión encomendada por cuenta y riesgo del mandante. Gestión que no será de cualquier tipo, sino que va encaminada a la celebración, ejecución y terminación de negocios, de esta forma, lo que se encomienda tiene por objeto que el mandatario intervenga en negocios jurídicos por oposición a actos materiales.

De acuerdo con el artículo 2145 del Código Civil colombiano se está frente a un contrato de mandato cuando existen dos intereses que generalmente apuntan a una finalidad común, pues cuando el negocio jurídico sólo interesa al mandatario lo que hay realmente es un mero consejo que no produce obligación alguna.

Adicionalmente, cabe decir que el contrato de mandato es consensual, pues se reputa perfecto con la sola manifestación de las partes.

Del artículo 2143 del Código Civil se deduce que es de la naturaleza de este tipo de contrato, su gratuidad. Allí se menciona que el mandato puede ser gratuito u

oneroso, y en este último caso, serán las partes, la ley o el juez quienes determinarán la remuneración.

Por su parte, el artículo 2144 del Código Civil colombiano establece que *“Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona, respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”*. Este es un artículo fundamental desde el punto de vista de la responsabilidad profesional, porque allí se enmarcan las denominadas profesiones liberales como las de los médicos, abogados, etc., pues se les aplicará la responsabilidad propia de los mandatarios.

No obstante, algunos autores como el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo, al hacer referencia a la responsabilidad civil médica en su obra **“Responsabilidad Civil Médica, La relación médico paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial”**; la cual tomaremos como punto de referencia frente al manejo y tratamiento de las modalidades contractuales para los profesionales; ha criticado que la relación médico-paciente encuadre perfecta y armónicamente en un contrato de mandato.

Lo anterior, por diversas razones tales como que el objeto del mandato lo constituyen negocios jurídicos por oposición a actuaciones materiales. De esta forma, si bien es claro que en el ámbito de los médicos, ellos no realizan negocios jurídicos; en el caso de los profesionales en derecho se plantea la necesidad de saber si aquellos van o no a celebrar negocios jurídicos, entendiendo este concepto como una declaración o acuerdo de voluntades dirigida a producir efectos jurídicos, para así determinar si se está o no dentro del marco legal del mandato.

Adicionalmente, es de la esencia del mandato, que el mandante fije directrices e instrucciones para actuar, cosa que en el caso de los abogados sucede de manera particular, en tanto que él realiza determinadamente el encargo o negocio que le encomienda su cliente, pero ello lo hace con autonomía profesional, pues es

precisamente esta autonomía la que le permite aplicar sus conocimientos y criterios a la hora de actuar.

También es de tener en cuenta que en el ámbito de los profesionales en derecho, estos pueden actuar inmersos en un contrato de mandato, bien sea con representación, pues el abogado actúa como representante del cliente, es decir, obligándose por cuenta y riesgo y a nombre de aquel en todos sus negocios y actuaciones como es el caso en que el abogado lleva la gestión de un proceso judicial y el resultado del mismo recaerá sobre el cliente; o bajo un mandato sin representación en donde los efectos recaen en nombre del mandatario, por ejemplo para que el abogado compre un inmueble a su nombre y luego se obligue a transferir el derecho de dominio a su cliente.

El autor Carlos Ignacio Jaramillo afirma que:

En algunos ordenamientos jurídicos, ministerio Legis, a los contratos celebrados por profesionales que estudiaron "...carreras que suponen largos estudios" —como por excelencia lo es la medicina—, se les aplican las reglas del mandato por remisión preceptiva. Y decimos que son supuestos divergentes, delantamente lo expresamos, toda vez que una cosa es que a un contrato se le apliquen normas reservadas para un tipo específico: el mandato, y otra por completo distinta es que, por ellos, se torne en mandato (...)³⁷.

Con esta referencia lo que el autor quiere dejar en claro es que por el hecho de que al caso médico se le apliquen algunas disposiciones del mandato, eso no lo convierte en mandato propiamente tal.

Por el contrario, en el caso de los abogados sí se podría sostener una relación contractual derivada del mandato, en tanto que el cliente generalmente confía la gestión o hace un encargo al abogado para celebrar, ejecutar o extinguir algún negocio jurídico (y no un encargo material), y esto además lo hace impartiendo algunas instrucciones sobre la realización del acto que se vaya a emprender, el

³⁷ JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica, La relación medico paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial. Colección ensayos 8. Pontificia Universidad Javeriana. p. 107

cual a su vez se hará por regla general en nombre y representación y por cuenta y riesgo del cliente.

De lo anterior se concluye, que dependiendo del profesional que se trate (médico, abogado, entre otros), la relación contractual que surja podrá ser o no un típico contrato de mandato. Así, para el caso del abogado que es el tema objeto de estudio en esta monografía, será un contrato de mandato, en tanto que se realiza un encargo para una labor específica, según las necesidades del cliente y bajo sus órdenes.

No obstante lo anterior, algunas personas tratan de enmarcar la relación abogado-cliente en otros tipos contractuales diferentes al mandato, que a continuación se explican, según la labor que el profesional en derecho vaya a realizar.

3.1.2 Contrato de prestación de servicios - arrendamiento de servicios

Se trata de un contrato atípico, pues no está definido ni en el Código Civil ni el Código de Comercio colombiano, sin embargo una concepción tradicional lo ha concebido como un acuerdo de voluntades para ejecutar la prestación de un servicio, que generalmente trae implícita la obligación de hacer, a cambio de una remuneración que en este tipo de contratos se llama honorarios. Es de suma importancia tener en cuenta que en los contratos de prestación de servicios no está presente el elemento subordinación, contrario sensu lo está en los contratos laborales.

De esta forma ha expresado la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997 que *“un contrato de prestación de servicios es la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.”*³⁸

³⁸ Sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

De acuerdo con lo anterior, en las profesiones liberales como la del abogado-cliente puede celebrarse un típico contrato de prestación de servicios, en donde el profesional desempeña una labor intelectual, y no material, con base a conocimientos técnicos y científicos.

De esta forma, el mandato se diferencia del contrato de prestación de servicios, entre otros aspectos, en: quién ejecuta la labor, ya que en el mandato siempre lo hará una persona natural, en cambio la prestación de servicios la podrá adelantar una persona jurídica o una natural; adicionalmente se encuentra el elemento de la subordinación, pues éste está presente en el mandato (al igual que en el contrato de trabajo, que veremos más adelante) y no así en el contrato de prestación de servicios donde el contratista actúa con plena autonomía en la ejecución de sus labores.

Por tanto, y aunque sean las partes las que estén autorizadas para determinar qué tipo de contrato celebrarán, son los elementos estructurales del contrato los que definirán las reglas por las cuales se va a regir la relación abogado-cliente, pues a pesar de que ellos nominen el contrato de cierta forma, son los elementos los que realmente van a configurar la modalidad contractual que va a operar en la relación.

3.1.3 Contrato laboral

Esta modalidad de contrato se encuentra regulada en el Código Sustantivo del Trabajo, Título I, Capítulo I, artículo 22:

1o) Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2o) Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma de salario.

En este orden de ideas, podemos entender que un contrato de trabajo es un acuerdo entre dos partes que busca una relación de servicios que cuenta con una dependencia y subordinación continúa y la cual es remunerada. Dicho así, quienes apoyan este tipo de contrato para las denominadas profesiones liberales, presuponen una relación laboral entre el abogado-cliente, en donde opera el elemento subordinación.

Es así como podemos concluir que frente a un abogado pueden existir tres formas de vinculación: contrato de trabajo sujeto a las normas del Código Sustantivo del Trabajo, por contrato de prestación de servicios el cual puede a su vez traer inmerso un contrato de mandato o por contrato de mandato propiamente tal, pues todo dependerá de las condiciones específicas de la labor para la que vaya a ser contratado y de los intereses que las partes tengan.

Por ejemplo podrá configurarse un contrato de mandato si el abogado va actuar como apoderado en la contestación de una demanda, acá el cliente denominado mandante concede un encargo al mandatario, que es quien ejecuta la gestión encomendada.

Por su parte, un caso donde se observa la aplicación del contrato laboral se encuentra en la vinculación de un profesional en derecho a una empresa como

abogado interno, allí una persona jurídica requiere de la prestación de un servicio y otra persona natural efectivamente lo provee a cambio de una remuneración, y manteniéndose siempre sujeto a las órdenes que le imparte su empleador en cuanto a modo, tiempo, calidad y lugar de trabajo.

Sin embargo habrá otras circunstancias en que una empresa contrate a un abogado bajo una modalidad diferente a la del contrato de trabajo y por el contrario opte por ejemplo por un contrato de prestación de servicios, como es el caso de un abogado externo al cual se le encarga la realización de determinada labor como emitir conceptos, allí el profesional no se encuentra subordinado a las órdenes de su empleador y por el contrario rige su libertad y autonomía para fijar las condiciones del cumplimiento de la labor encomendada. Adicionalmente, este contrato podrá eventualmente convertirse en un mandato, es el caso en que al abogado que emite conceptos en la empresa, se le otorga poder para que actúe en representación de la empresa en un proceso judicial.

Todo lo anterior sin dejar de lado que para todas estas modalidades contractuales se debe tener como parámetro la Ley 1123 de 2007 o Estatuto del Abogado.

3.2 NATURALEZA DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DE LOS PROFESIONALES

Una vez analizado los diferentes tipos de contratos por los que puede ser vinculado un profesional en derecho, es necesario entrar a determinar cuál es la naturaleza de las obligaciones a las que se encuentra obligado el abogado en el ejercicio de la labor contratada.

En el mundo jurídico existen diferentes clasificaciones en torno a las obligaciones, ya que estas regulan de una u otra manera diferentes aspectos, es así como el doctrinante Rene Abeliuk Manasevich, en su libro **Las Obligaciones** alude que *“No todas las obligaciones se gobiernan por las mismas normas, difieren entre sí*

*respecto a su nacimiento, sus efectos, e incluso su extinciones...*³⁹ es así como existen obligaciones en cuanto a los sujetos como lo son las obligaciones conjuntas, solidarias e indivisibles, o en cuanto a sus efectos como de ejecución instantánea, o ejecución sucesiva, también se clasifican en cuanto a su objeto como lo son las obligaciones de dar, hacer o no hacer, obligaciones sometidas a modalidad, entre otras categorías que no dejan de ser igualmente importantes.

Sin embargo, para analizar la naturaleza de las obligaciones de los abogados, la clasificación de obligaciones de medios y resultados es la más pertinente, pues en ella se mira la prestación que está en juego y la aleatoriedad para lograr su cumplimiento o no, o dicho en otras palabras en esta clasificación se hace referencia al contenido de la obligación.

Es así como para la responsabilidad civil entrar a determinar en qué medida o no se logro el cumplimiento de la obligación, se acude a esta clasificación, para determinar a qué se obligo el deudor, pues como se explicará posteriormente, en las obligaciones de medios se admite tratar de lograr el cometido sin estar obligado a conseguirlo, mientras que en las obligaciones de resultado, lograr el fin es el requisito necesario para que se entienda que el deudor sí cumplió.

Ahora bien la responsabilidad civil que se le imputa a un profesional, se analiza desde los elementos que configuran o no su incumplimiento, esto quiere decir que se entra a mirar el contenido de la obligación, para verificar que si se configuren los elementos de la responsabilidad civil o no, dependiendo del tipo de obligación.

3.2.1 Obligaciones de medios y de resultados

Ésta no es una clasificación de origen legal sino de origen doctrinal y jurisprudencial, que nació en Francia donde se *“ha establecido una distinción entre*

³⁹ ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Tomo I. Chile: Ed Temis S.A , 1993. P. 204.

*las llamadas obligaciones determinadas o de resultado y, las obligaciones generales de prudencia y diligencia o de medios.”*⁴⁰

De esta forma, es erróneo decir que un contrato origina obligaciones de medio o de resultado, ya que la celebración de un contrato implica el nacimiento de múltiples obligaciones para las partes, y lo que se debe hacer es entrar a mirar en el contenido del contrato cuáles son las obligaciones de medios y cuáles son las de resultados. Por ejemplo, la labor que desempeña un abogado por norma se entiende que es de medio (el encargo encomendado), pero eso no descarta que hayan obligaciones complementarias o accesorias que puedan catalogarse como obligaciones de resultado.

Desde un punto de vista doctrinal como lo afirma el Doctor Javier Tamayo, en su libro **Tratado de Responsabilidad Civil**:

...en las obligaciones de medios el deudor se obliga a ejecutar, con toda la prudencia y diligencia que le sea posible, una conducta tendiente a alcanzar el resultado pretendido por el acreedor, pero no a obtener ese resultado. Mientras que en las obligaciones de resultado, el deudor, por disposición expresa del legislador, por acuerdo de las partes o por naturaleza de las cosas, según veremos más adelante se obliga a lograr el resultado pretendido por el acreedor. ⁴¹

Conforme a lo anterior, se puede concluir que en la clasificación de obligaciones de medios y de resultados se debe de partir de que toda prestación tiende a satisfacer un interés del acreedor, lo que ocurre es que en algunas ocasiones el deudor no se compromete totalmente a satisfacer ese interés, sino simplemente a intentar satisfacerlo, este es el caso en el que se configuraría una obligación de medios. Por el contrario hay ocasiones en que el deudor se compromete

⁴⁰ ABELIUK MANASEVICH, Op. Cit. p. 204.

⁴¹ TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit. p. 497

efectivamente a satisfacer el interés, aquí se estaría en el campo de la obligación de resultado.

La distinción entre las obligaciones de medios y las de resultado, es una de las bases de la responsabilidad contractual, pues es el incumplimiento del deudor el que genera el malestar en el acreedor y el cual podrá o no derivar la existencia de un daño. Por lo tanto es esencial determinar a qué se obligan las partes en el contrato, para así poder establecer cuando se configura un incumplimiento por parte del deudor.

En conclusión, para la responsabilidad civil contractual la clasificación de obligaciones de medios y de resultado, es la herramienta para determinar si efectivamente hay lugar a una indemnización de perjuicios o no, pues se alude al contenido de la misma. Adicionalmente, cuando hay incumplimiento por parte del acreedor, una consecuencia adicional de esta clasificación, es que permite determinar en cabeza de quien se encuentra la carga probatoria, la cual inicialmente se encuentra en cabeza del demandante al momento de pretender una indemnización de perjuicios por la falta de un cumplimiento diligente y cuidadoso del abogado en caso de que sea una obligación de medios; o se invertirá la carga de la prueba en el caso en que nos encontremos frente a una obligación de resultado incumplida.

3.2.1.1 Obligación de Medios. Cuando el deudor sólo se obliga a desplegar los medios adecuados para tratar de obtener el interés del acreedor, pero no se entiende que éste efectivamente se logre, en este caso se está hablando de una obligación de medios. Ese deudor se libera o cumple, ejecutando los medios debidos aunque no brinde el resultado esperado por el acreedor. En otras palabras, el deudor paga mediante la diligencia y cuidados debidos. Tal es el caso del abogado el cual se obliga a desempeñar una buena labor para que su cliente

adopte la mejor medida jurídica para su empresa o tenga un proceso con altas probabilidades de ganarlo a su favor.

Dicha diligencia y cuidado debidos se determinan gradualmente, en la medida en que son obligaciones susceptibles de más o de menos. Es así como el grado de diligencia y cuidado con el que se debe de actuar puede depender, según el Doctor Fernando Moreno en su curso de obligaciones de la Universida EAFIT, año 2006, de los siguientes sistemas:

Existe una manera genérica o la más común, que es cuando el deudor se compromete a la máxima, media o mínima diligencia y cuidado bien sea por medio de la convención de las partes entendiéndose como un acuerdo de voluntades o por un sistema supletivo, acudiendo una norma específica que regule la materia.

Sin embargo éste es un sistema imperfecto porque se delega en el juez determinar si la conducta del deudor corresponde a lo pactado, por lo tanto, hay un campo de discrecionalidad muy alto en donde el juez dependiendo de sus experiencias fallará con un motivo u otro, o realizará una interpretación de los hechos diferentes a los posiblemente analizados por las partes del conflicto.

Este sistema genérico como se menciono anteriormente se puede originar por: 1. Pacto de las partes en la que se determina a que se obligó el deudor que puede ser a una máxima, media o mínima diligencia y cuidado; o 2. Cuando las partes no dicen nada hay un sistema supletivo que reemplaza la ausencia de estipulación de las partes y puede acudir a otros subsistemas:

Un primer sistema es interpretar la voluntad de las partes a partir de la voluntad no declarada de las mismas, dependiendo del tipo de utilidad que le reporte el contrato a los sujetos. Dicho así, si el contrato sólo le reporta utilidad al acreedor, se le exigirá al deudor una diligencia y cuidado mínima; si reporta beneficio para

ambas partes, se le exigirá una diligencia media; y si le reporta utilidad al deudor exclusivamente, se le exigirá máxima diligencia y cuidado.

Un segundo sistema consiste en acudir a otros criterios, como por ejemplo los intereses que están en juego con la ejecución del contrato y no con la utilidad derivada del mismo.

Opuesto al sistema genérico se encuentra el sistema específico en donde las partes determinan las conductas concretas que deberá desplegar el deudor. En este caso se precisa detalladamente la manera en que se debe de llevar el encargo, y en caso de que el deudor no cumpla con el plan específico, se estaría incurriendo en culpa, esto es lo que lo diferencia del acuerdo de voluntades en el sistema genérico.

Es así como en la obligación de medios, el deudor que para el caso es el profesional en derecho, se compromete a poner al servicio del acreedor todos los medios necesarios para lograr obtener el objetivo, en pocas palabras como lo define el doctrinante Le Tourneau en su libro **La responsabilidad Civil Profesional**: *“... es más bien una actividad, un comportamiento, o un esfuerzo perseverante, tendiente a adoptar la actitud más propicia para aproximarse al objetivo buscado, teniendo en cuenta sus capacidades y las circunstancias y los conocimientos actuales de su oficio.”* ⁴²

En conclusión, lo que normalmente se pacta es un acuerdo de voluntades de las partes de manera general, sin entrar a especificar de manera detallada las actividades a realizar por el abogado, sin embargo, como se dijo anteriormente esta opción de contratar la labor, deja una amplia discrecionalidad en el juez cuando se presenta un conflicto, lo cual genera inseguridad jurídica para cualquiera de las partes.

⁴² LE TOURNEAU, Phillip. La responsabilidad Civil Profesional. p. 27.

3.2.1.2 Obligación de resultados. Cuando la obligación es de resultado el deudor se obliga y promete obtener el resultado que le interesa al acreedor. El resultado es la prestación, hay un interés final que compromete el deudor, y sólo se libera dando el resultado.

Es así como lo precisa el Doctor Carlos Ignacio Jaramillo en su libro **Responsabilidad Civil Médica:**

En las obligaciones de resultado –o “determinadas”-, muy por el contrario, el deudor no solo se compromete a desplegar –o desarrollar- una actividad básica –o neurológica-, sino a cumplir, como su nombre gráficamente lo revela, un resultado (opus) que, en plano ontológico, se puede apreciar (en real), de suerte que si no se obtiene (hacer calificado), no extingue el deber de prestación a su cargo, por más diligencia que haya empleado, ...⁴³

Por consiguiente, ni siquiera una conducta diligente por parte del deudor, exonera de cumplir la obligación, pues sólo la obtención del resultado tiende a satisfacer el interés del acreedor. Un ejemplo de este tipo de obligación es la que contrae un ingeniero o un arquitecto para levantar una obra, puesto que él se obliga a la realización completa de la obra y no sólo a tratar de que la misma no se destruya.

Existen eventos en que la obligación se convierte en una obligación de garantía o también llamada de resultado reforzada que consiste en que el deudor incurre en mora, por lo que además de prometer el resultado lo está garantizando, en tanto que él asume los riesgos de la inejecución y los perjuicios. En este caso, el deudor al garantizar el resultado está diciendo que acepta asumir las consecuencias incluso de una causa extraña.

⁴³ JARAMILLO. Op. Cit., p. 308

3.2.2 Criterios para saber si una obligación es de medios o de resultado

La clasificación de obligaciones de medios y resultados es un tema más doctrinal y jurisprudencial que de construcción legal como anteriormente se había dicho, por lo tanto la doctrina y la jurisprudencia no es uniforme al mencionar los criterios que se pueden tener para determinar si una obligación corresponde a una obligación de medios o de resultado.

La importancia en establecer si la obligación es de una u otra forma, es esencial para determinar el contenido al que se obligan las partes y en caso de incumplimiento quién posee la carga de la prueba ante un eventual proceso de responsabilidad civil que se vaya a iniciar.

Desde el punto de vista jurisprudencial, vale la pena centrarnos en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil de 18 de octubre de 2005, Ref.: Expediente No. 14.491, donde se determinan criterios como la aleatoriedad del fin último perseguido por el acreedor y la participación más o menos activa del acreedor en el cumplimiento de la obligación para tener en cuenta al momento de calificar una obligación de medios o de resultados.

En primer lugar la Corte hace referencia a la:

aleatoriedad del fin último perseguido por el acreedor, conforme a la cual suele considerarse la obligación de seguridad como un mero deber general de prudencia en aquellas hipótesis en las que la conducta del deudor se orienta a la “satisfacción de un interés de obtención incierta”, vale decir, cuando la consecución del desenlace deseado por el acreedor no depende ordinariamente, ni de manera exclusiva de la diligencia del deudor, pues puede acontecer que a pesar de su esmerado empeño no se obtenga el desenlace querido por aquél, por causa de la frecuente intervención de factores de distinta estirpe que se escapan a su control. Contrariamente, si son mínimas las circunstancias azarosas que pueden frustrar el propósito anhelado por el acreedor, ese “riesgo despreciable” permite atribuirle al deudor una obligación de seguridad determinada o de resultado.

De lo anterior, se llega a concluir que este criterio lleva a que el acreedor sea consciente y claro en saber cuál es el fin último que está persiguiendo, pues en caso de que el interés del acreedor lleve a una satisfacción incierta, de ninguna manera se estaría hablando de una obligación de resultado.

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil en la sentencia anteriormente mencionada señala otro criterio relevante para saber si una obligación es de medios o de resultado y hace referencia a:

la **participación más o menos activa** del acreedor en el cumplimiento de la obligación a cargo del deudor ha sido otro de los criterios tenidos en cuenta para efectos de resaltar la anotada distinción, de modo que si aquél (el acreedor) juega un papel eminentemente pasivo en los hechos es posible entender que el deber de seguridad a cargo del deudor suba de punto, inclusive, hasta poder ser calificado como obligación determinada o de resultado, al paso que si interviene activamente, dado que disminuye el poder de control del deudor, se podría estar ante una obligación genérica de prudencia o diligencia.

Este último criterio depende del papel activo o pasivo que ejerza el acreedor para determinar si una obligación es considerada de medios o de resultado, pues en uno u otro caso es determinante el poder de control que mantiene el deudor ante el cumplimiento de la obligación.

En conclusión, son dos criterios que se utilizan jurisprudencialmente para determinar si una obligación es de medios o de resultado, el primero de ellos es la aleatoriedad del fin último perseguido por el acreedor, y el segundo la participación más o menos activa del acreedor.

Sin embargo, y desde el punto de vista doctrinal, el Doctor Javier Tamayo, considera que cuando las partes no han definido el régimen probatorio “(...) *la obligación será de medio o de resultado según la mayor probabilidad que tenga el deudor de alcanzar el objetivo último buscado por el acreedor al celebrar el*

contrato.”⁴⁴ Esto significa que en primer lugar se debe de llegar a determinar la carga probatoria que se tenga en el proceso y en caso de que ésta no sea clara, se debe acudir al criterio de probabilidad que se tenga de alcanzar o no el resultado, lo anterior igualmente lo argumenta el doctrinante Rene Abeliuk, en su libro Las obligaciones Tomo I “*La importancia de esta clasificación estriba precisamente en materia de prueba...*”⁴⁵. No obstante, el punto de vista sostenido por los autores anteriormente citados, Tamayo y Abeliuk, no es compartido, ya que se considera que la carga de la prueba es una consecuencia que se genera a partir del contenido de la obligación y no es la carga de la prueba la que desde un principio entra a determinar la naturaleza de las obligaciones.

En conclusión, para el objeto de estudio del presente trabajo se entenderá que la importancia de la clasificación de obligaciones de medios y de resultados radica en determinar el contenido al que se obliga el abogado en el ejercicio de su función, para así saber si efectivamente se está comprometiendo a obtener por ejemplo el triunfo de un proceso (lo cual legalmente no es permitido) o si por el contrario debe desempeñar todos los medios diligentes y cuidadosos para tratar de lograr el objetivo. Así mismo, tal y como se mencionó anteriormente no consideramos que la importancia de esta clasificación radique en la carga de la prueba, pues ésta es más una consecuencia del no cumplimiento o logro de su contenido.

3.2.3 Carga de la prueba

Como se referencio anteriormente, la carga de la prueba es más la consecuencia del incumplimiento de la obligación que el origen de la clasificación, así las cosas, dependiendo de la naturaleza de la obligación que se haya incumplido, la carga de

⁴⁴ TAMAYO JARAMILLO. Op. Cit. p. 539

⁴⁵ ABELIUK MANASEVICH. Op. cit. p. 204

la prueba estará en cabeza del acreedor o del deudor, que para el caso objeto de esta monografía podrá estar a cargo bien sea del abogado (deudor) o del cliente (acreedor).

El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil prescribe que le corresponde a las partes en el proceso probar los supuestos de hechos de las normas que consagra las consecuencias jurídicas que pretende.

Al acreedor le corresponde probar el supuesto jurídico de la norma. De esta forma, el acreedor demandante en el proceso como regla general debe de probar: La existencia de un contrato, las obligaciones que surgieron del mismo (las pactadas en el contrato, implícitas y las consagradas en la ley). Y en caso de que la obligación sea de medios el incumplimiento material, que significa la falta de diligencia y cuidado para llevar el encargo encomendado; el daño y el nexo causal. Por su parte, si nos encontramos frente a una obligación de resultado la responsabilidad es objetiva y además de probar la existencia del contrato se debe de probar el incumplimiento de la obligación y que no se logro el resultado.

El deudor demandado en el proceso debe defenderse y tiene dos vías para hacerlo: 1. En caso de tratarse de una obligación de medios, puede tratar de probar lo contrario de lo que afirma el acreedor, esto es, probar ausencia de culpa. En este caso el deudor muestra que sí actuó con diligencia y cuidados oportunos. 2. El deudor no intenta probar que cumplió, que tuvo diligencia y cuidado, sino que acepta que no cumplió, es decir admite que hubo incumplimiento material (que como se explicó anteriormente es la insatisfacción del deudor) pero intenta probar la existencia de una causa extraña que le impidió cumplir. En este último caso el deudor se exonerará si logra acreditar una de las tres clases de causa extraña: fuerza mayor, caso fortuito o hecho exclusivo de la víctima.

En caso de ser una obligación de resultado sólo queda como opción defenderse, demostrando que la causa de insatisfacción de deudor no le es imputable, por medio de una de las tres clases de causa extraña.

Para concluir, se puede afirmar que con el fin de establecer responsabilidad civil profesional por el incumplimiento de una obligación de medios, será el acreedor quien tenga la carga de la prueba de demostrar los hechos que imputan la responsabilidad, para que así el juez declare el incumplimiento del deudor, y el acreedor pueda exigirle a aquel la indemnización por el perjuicio causado.

Por su parte, cuando nos encontramos frente al incumplimiento de una obligación de resultado, la carga de la prueba se invierte y le corresponde al deudor desvirtuar las pretensiones de la demanda de responsabilidad civil, pues existe una presunción de responsabilidad en su contra, lo que hará que sólo se pueda exonerar por la existencia de una de las causales de causa extraña.

Así las cosas, y de conformidad con la regulación de la Ley 1123 de 2007 y con lo que usualmente ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, la obligación principal de los abogados es de medios, sin dejar de lado que también pueden existir unas obligaciones accesorias⁴⁶, que podrán ser de resultado. Por lo tanto el contenido de la obligación no siempre será el mismo y la forma de cumplir tampoco. Así mismo dependiendo de la obligación que se esté incumpliendo, la carga de la prueba se invertirá en favor del acreedor.

De lo anterior se desprende que queda en cabeza del acreedor, que para este caso es la persona que contrata los servicios jurídicos (litigios o asesorías), la carga de la prueba de demostrar esa conducta negligente, descuidada e imprudente, con la finalidad de imputar responsabilidad civil del profesional del

⁴⁶ Entendiendo por éstas, aquellas que dependen de la existencia de una obligación principal de manera que no puede subsistir sin esta última.

derecho, si se trata de una obligación de medios; pero si por el contrario el abogado incumple una obligación de resultado como la de guardar el secreto profesional, ésta no admite ninguna gradualidad y por lo tanto con el solo hacer ya se estaría incumpliendo la obligación de resultado en donde solo es posible su exoneración demostrando una causa extraña.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL DE LOS ABOGADOS

Luego de haber delimitado el objeto de estudio de esta monografía, por medio de la definición del concepto de profesionales, las diferentes responsabilidades en que aquellos pueden incurrir, la enunciación que se realizó sobre los elementos generales para la configuración de la responsabilidad civil, la delimitación de dicha teoría general al ámbito contractual y la naturaleza de las obligación que nacen a partir de éste (independiente de la modalidad de contrato que se celebre).

En este último capítulo, se pretende analizar por medio de ejemplos como los deberes consagrados en el artículo 28 de la ley 1123 de 2007 se convierten en obligaciones (bien sea de medios y/o de resultados) al provenir de un acuerdo de voluntades de las partes y en esa medida el incumplimiento del abogado de estas obligaciones, bien sea en calidad de asesor o de litigante, genera responsabilidad civil contractual de los profesionales del derecho.

Respecto a la forma como esos deberes consagrados en el Estatuto del abogado, se convierten en verdaderas obligaciones vinculantes para las partes, cabe decir, que es precisamente en virtud del acuerdo de voluntades que una parte le puede exigir a la otra el cumplimiento de su obligación, es decir, que cuando un deber se estipula en un contrato, se convierte en obligación y en esa medida se hace exigible.

Ello es así, porque tanto el deber como la obligación implican un hacer o no hacer, pero la diferencia radica en que mientras el deber es un tener que hacer voluntario, la obligación no admite dudas y por el contrario tiene que ser realizable necesariamente por así ordenarlo la ley. No obstante, los deberes también pueden ser consagrados en la ley, éstos no son coercitivos de la misma manera que las obligaciones lo son, ya que el deber es una norma de carácter general que

no especifica los sujetos de la relación, en tanto que la obligación es un vínculo jurídico que une a una persona con otra para el cumplimiento de una prestación.

Lo anterior lo argumenta Abeliuk cuando dice que *“El deber jurídico es una norma de conducta impuesta coactivamente por el legislador, en el sentido de que se sanciona su inobservancia”*⁴⁷.

Así las cosas, es necesario aclarar que la omisión de acatar los deberes del artículo antes mencionado generan una falta imputable al abogado que se concretaría en una sanción disciplinaria. Contrario a ello, cuando esos deberes se convierten en obligaciones y se da un incumplimiento de las mismas habrá lugar a imputar responsabilidad civil del profesional, salvo en los casos donde no se presente un daño, pues éste es uno de los elementos primordiales para la configuración de este tipo de responsabilidad.

Dicho así, se dispone a dar inicio a este análisis en los dos ámbitos más frecuentes en que el abogado desarrolla su labor, esto es como asesor-consultor o como litigante.

4.1 ACTUAR DEL PROFESIONAL COMO ASESOR O CONSULTOR

La labor de asesoría o consultoría del abogado se entiende que es aquella actividad ejercida por una persona jurídica individual experta en determinadas áreas encargada de emitir, organizar, coordinar y evaluar una opinión o concepto jurídico-legal, así como de asesorar sobre la adecuada interpretación y aplicación de normas jurídicas, para que de esta forma se plasmen las ventajas y desventajas sobre los futuros negocios de los clientes atendiendo a sus intereses.

⁴⁷ ABELIUK MANASEVICH. Op. Cit. p. 32

Las finalidades primordiales por las que una persona jurídica individual o jurídica estatutaria contrata con otra estatutaria, firma de abogados, o con determinado abogado, la labor de asesoría o consultoría atiende, entre otras, a razones tales como:

- Que al cliente le sea emitida una opinión legal especializada.
- Que se le brinde una actualización permanente sobre normatividad y/o jurisprudencia relevante que el mismo requiera.
- Que elabore proyectos, contratos, sociedades, entre otros, de acuerdo a las necesidades del cliente.
- Que se le brinde asesoría en la contratación con terceras personas.

4.1.1 Deberes relacionados con la asesoría frente a la Ley 1123 de 2007

De conformidad con lo antes mencionado, se procederá a ejemplificar cómo el abogado asesor incurre en responsabilidad civil profesional cuando incumple las obligaciones pactadas en el contrato (bien sea de medios y/o de resultados) y que antes de ser estipuladas en el mismo sólo se constituían como deberes del Estatuto del abogado.

Dentro de los deberes que tienen los profesionales en derecho, específicamente en su labor de asesoría, se encuentra el numeral **“9. Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios”**, deber éste que se convierte en obligación mediante el acuerdo de las partes y que por su naturaleza es de resultado.

Es así como por ejemplo la sociedad A contrata los servicios de asesoría con una firma de abogados para que lo oriente jurídicamente en la consecución de una línea de negocio con el fin de expandir la compañía.

A pesar de que en el contrato entre las partes existía una cláusula de confidencialidad, el abogado hace caso omiso a esto y entrega información relevante a la competencia de la sociedad A, aquella usa la información dada por el abogado para sacar provecho económico.

Por esta razón al cliente se le dificulta la realización de su negocio, lo que hace que su patrimonio se vea disminuido, pues la competencia estructura un negocio similar, y con precios más bajos.

De acuerdo con este ejemplo se puede afirmar entonces que el abogado incumplió con una de las obligaciones contractuales (que antes del contrato era un deber consagrado en la Ley 1123 de 2007), lo cual le generó a su cliente, la sociedad A, un daño en su lucro cesante, pues debido a la información privilegiada que el abogado comunicó a la competencia, se vieron disminuidas las ventas y con ello se dejó de percibir una suma considerable de dinero.

Por lo anterior, la sociedad A podría iniciar una acción de responsabilidad civil profesional contra ese abogado apoyándose en el incumplimiento de la cláusula de confidencialidad establecida en el contrato que consagraba una obligación de resultado, pues el abogado no sólo estaba obligado a llevar a cabo el negocio encomendado con la diligencia y cuidado requerida para el mismo, sino que también debía cumplir una obligación accesoria de no hacer, la cual era guardar la información relevante del negocio de la sociedad A, lo que no permite gradualidad en su cumplimiento sino que se cumple o no se cumple.

Así, situándonos en esta obligación de resultado para desvirtuar esta responsabilidad civil profesional será el abogado quien tenga la carga de la prueba, pues al tratarse de una obligación de resultado existe una presunción de responsabilidad en su contra. Por lo tanto sólo se podrá exonerar acreditando la

existencia de causa extraña, so pena de pagar la indemnización por los perjuicios patrimoniales o extrapatrimoniales que se logren acreditar en el proceso.

Otro ejemplo que nos permite ilustrar como el abogado incurre en responsabilidad civil profesional por el incumplimiento de los deberes de la Ley 1123, relacionados con la asesoría, y que luego de su pacto se convierten en obligaciones es el caso del numeral 4 del artículo 28 que establece ***“4. Actualizar los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión.”***

Un ejemplo de esta situación se observa cuando un cliente contrata con una firma de abogados para que lo asesore sobre la constitución de una sociedad que se adecúe a las necesidades que él requiere.

Seis meses antes de que el cliente contratara la firma de abogados, se sanciona una ley que promueve un nuevo tipo societario, que sin lugar a duda se adecúa plenamente a los intereses que el cliente tiene. No obstante esto, la firma de abogados desconoce la existencia de dicha ley, y procede a aconsejar al cliente a constituir un tipo societario más complejo y que no atiende satisfactoriamente a los intereses del mismo.

Dicho así, la firma de abogados incumple la obligación de actualizar los conocimientos relacionados con el ejercicio de la profesión. Obligación ésta que es de medios en tanto que al profesional en derecho no se le podrá exigir una carga tan alta de estar al tanto de toda la normatividad, doctrina o jurisprudencia que haya salido recientemente, como por ejemplo a la firma de abogados no se le podría exigir que conozca una nueva ley que haya salido uno o dos o hasta tres días antes de la celebración del contrato, sin embargo para este caso la ley ya había sido sancionada hacia seis meses tiempo suficiente para haber conocido la existencia de la misma y poderle haber brindado una asesoría actualizada a su cliente.

Dicho de otra forma, el cumplimiento de esta obligación no puede llegar hasta el punto de que el cliente le exija adoptar las técnicas más avanzadas, sino que simplemente le exigirá dominar la *lex artis* de forma actualizada. Así lo afirma tajantemente Juan David Palacio Barrientos en la Revista N° 23 de Responsabilidad Civil y del Estado *“Si el profesional no se actualiza, y debido a eso no cumple con el resultado buscado, esa se constituirá en una culpa, suficiente para endilgarle responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato”*.⁴⁸

En este caso el incumplimiento generó un daño económico en el cliente, pues la sociedad que se constituyó con base en la asesoría brindada por la firma, implicó mayores gastos en su creación y administración por ejemplo en gastos tributarios, contratación de revisor fiscal (innecesaria), entre otros; lo que ocasionó una disminución en su patrimonio, pues de haber estado actualizada la firma de abogados, el cliente no hubiera incurrido en tantos gastos debido a la asesoría desactualizada y hubiera adoptado la nueva forma societaria.

Por lo anterior, el cliente podrá iniciar un proceso de responsabilidad civil por el resarcimiento de los daños ocasionados al mismo, siempre que éste logre acreditarlos.

A diferencia del ejemplo anterior, la carga de la prueba se encuentra en cabeza del cliente por tratarse de una obligación de medios, por lo tanto será a éste a quien le corresponda acreditar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil profesional anteriormente mencionados.

Contrario a estos ejemplos, podemos destacar un caso en el que la omisión del deber no generaría un daño al cliente y en esa medida no incurriría en

⁴⁸ PALACIO BARRIENTOS, Juan David. En: Revista N° 23 de Responsabilidad Civil y del Estado. p. 122.

responsabilidad civil profesional. Por ejemplo si un cliente acude a un abogado asesor con la finalidad de que le emita un concepto jurídico para tomar una decisión importante en su empresa, y éste no cuenta con el deber consagrado en el artículo 28, numeral 15 de la Ley 1123 de 2007 de ***“Tener un domicilio profesional conocido, registrado y actualizado ante el Registro Nacional de Abogados para la atención de los asuntos que se le encomienden, debiendo además informar de manera inmediata toda variación del mismo a las autoridades ante las cuales adelante cualquier gestión profesional.”***

Esto, no genera un daño para su cliente (que sólo busca la emisión del concepto), por lo que si el abogado no tuviera un domicilio profesional registrado ante el Registro Nacional de Abogados estaría incumpliendo un deber legal que sería objeto de otras consecuencias, mas no estaría incurriendo en responsabilidad civil profesional, porque con ello no le está causando un daño a su cliente.

Lo anterior, sin perjuicio de que un abogado en el ejercicio de sus funciones siempre tenga la obligación de acatar estos deberes, pues así se lo impone la ley, so pena de incurrir en otro tipo de sanciones.

4.2 ACTUAR DEL PROFESIONAL COMO LITIGANTE

Para vislumbrar qué se entiende por abogado litigante, habrá que hacer referencia primero a lo qué se entiende por litigio. Según la Asociación Henri Capitant, litigio es *“1. A menudo sinónimo de proceso o de causa. 2. Más exactamente diferendo, desacuerdo, conflicto considerado desde el momento en que estalla (litigio surgido) como si pudiera ser objeto de una transacción, de un compromiso arbitral, entre otras formas de solución de los litigios (renuncia), independientemente de todo recurso a la justicia estatal. 3. Por extensión el diferendo presentado ante un tribunal y que se ha convertido en materia de un proceso, una vez investida la*

*justicia de su conocimiento.*⁴⁹; es decir que un litigio es un conflicto de intereses en donde existe la pretensión por una parte y la resistencia por otra. Para que un conflicto se convierta realmente en un litigio será necesario que una de las partes le exija a la otra que sacrifique sus intereses a favor de ella y que la segunda oponga resistencia a dicha pretensión en sede judicial, de esta forma un litigio siempre estará conformado por dos o más partes y un bien jurídico determinado que es el objeto del conflicto de intereses, para que sea un juez el que decida en cabeza de quien se radicará el mismo.

Una vez entendido el concepto de litigio, cabe decir que abogado litigante es aquella persona que por estar legalmente autorizada se encarga de asesorar, interceder y defender a una de las partes en conflicto con la finalidad de resolver con el mayor beneficio los intereses de su cliente.

De esta forma, es claro que un cliente contrata los servicios de un abogado litigante para que lo asesore conforme a la ley y a sus conocimientos especializados, exponiéndole con realismo las ventajas, desventajas, certezas e incertidumbres de su proceso, proponiéndole estrategias de defensa viables con el fin de no crearle falsas expectativas a su cliente.

El abogado litigante tendrá a su cargo deberes, entre otros, como:

- -Tener la suficiente calificación profesional para un eficiente y pronto desempeño en el ejercicio profesional.
- -Brindar al cliente la atención requerida, mantenerlo informado sobre su causa y planificar sus acciones de tal forma que se satisfagan los intereses de su cliente.
- -Velar por el cumplimiento de las normas procesales y sustanciales.

⁴⁹ Vocabulario jurídico, Asociación Henri Capitant. Editorial Temis. pp. 536 y 537

- -Tratar a las partes por igual, es decir con el respeto que las mismas se merecen.
- -Ser leal y sincero con sus clientes.
- -No ser deshonesto sino actuar de buena fe con sus clientes y colegas.
- -Establecer honorarios acordes con la labor encomendada.
- -Guardar secreto y sigilo de la información suministrada por las personas que solicitan sus servicios.

4.2.1 Deberes relacionados con el litigio frente a la Ley 1123 de 2007

Algunos ejemplos que nos permiten ilustrar cómo el incumplimiento de estos deberes que al ser pactados en el contrato se convierten en obligaciones, generan responsabilidad civil profesional, pues causan un daño al cliente el cual deberá ser indemnizado por el abogado cuando se logren acreditar todos los presupuestos de procedencia de la responsabilidad civil.

El artículo 28, numeral 10 de la Ley 1123 de 2007 consagró un deber aplicable en el ámbito del litigio ***“10. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al control de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y a aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo.”***

Este es el caso de un cliente que contrata un abogado para que adelante todas las actuaciones pertinentes de su proceso, tendientes a satisfacer los intereses del cliente, sin que esto implique para el abogado garantizar una sentencia favorable a aquel.

El abogado encargado de adelantar el proceso, tiene a su cargo un estudiante de último año de universidad el cual trabaja en su oficina como dependiente. A él se

le encarga específicamente estar pendiente de los términos próximos a vencerse realizando revisiones rutinarias de dos veces por semana para poder informarle al abogado y que éste actúe como a bien tenga. Sin embargo, en un descuido suyo el dependiente deja vencer el término para interponer un recurso contra el fallo de primera instancia, la cual resultó desfavorable al cliente y que de haber sido presentado oportunamente el juez de segunda instancia probablemente hubiera revocado la sentencia, pues era evidente la falta de apreciación probatoria que había tenido el *a-quo*.

A pesar de que el abogado no estableciera en el contrato con su cliente que el proceso iba a ser ganado, el profesional en derecho se había obligado a atender con celosa diligencia el encargo profesional que le había sido encomendado; obligación ésta de medios en tanto que el abogado y las personas que estaban a su cargo tenían la obligación de cumplir las medidas conducentes a un resultado sin asegurar la obtención del mismo, dentro de lo cual se encontraba la revisión de términos para la presentación oportuna de recursos.

De esta forma, la actuación negligente del dependiente, repercutió en el incumplimiento que tuvo el abogado con su cliente y con lo que le generó un daño, lo cual como se dijo anteriormente, de haberse presentado oportunamente la sentencia hubiera posiblemente resultado favorable al mismo.

Por lo tanto, el cliente podrá impetrar una acción de responsabilidad civil derivada del incumplimiento contractual y la causación de un daño, la pérdida de oportunidad, siempre que el cliente logre acreditar los presupuestos de la responsabilidad civil, pues en las obligaciones de medios la carga de la prueba está en cabeza del aquel.

De otro lado, cabe referirse a un ejemplo de incumplimiento de un deber consagrado en el Estatuto del Abogado, que luego de ser estipulado en el contrato

se convierte en obligación de resultado y con ello en ley para las partes. Éste se manifiesta en el artículo 28, numeral ***“19. Renunciar o sustituir los poderes, encargos o mandatos que le hayan sido confiados, en aquellos eventos donde se le haya impuesto pena o sanción que resulte incompatible con el ejercicio de la profesión.”***

La obligación antes mencionada es de resultado, en tanto que un abogado al que se le haya impuesto pena o sanción incompatible con el ejercicio de la profesión no deberá simplemente tratar de conseguir el resultado, que es renunciar o sustituir los poderes, encargos o mandatos, sino que por el contrario se deberá comprometer a un resultado determinado, el cual consiste en abstenerse de actuar bien sea por renuncia o por sustitución de poderes y/o encargos.

Así por ejemplo, un abogado sancionado disciplinariamente con suspensión⁵⁰ lo cual, de acuerdo con la Ley 1123 de 2007, lo hace incompatible para el ejercicio de la profesión⁵¹ celebra un contrato con un cliente para que adelante en su nombre un proceso judicial. No obstante el conocimiento del abogado de la prohibición de impetrar acciones estando inhabilitado para ello, decide dar inicio al proceso.

Posteriormente el juez del proceso se percata de ello y con base en el artículo 140 numeral 7 del Código de Procedimiento Civil⁵² declara la nulidad del proceso,

⁵⁰ ***“ARTÍCULO 43. SUSPENSIÓN. Consiste en la prohibición de ejercer la profesión por el término señalado en el fallo. Esta sanción oscilará entre dos (2) meses y (3) tres años.***

PARÁGRAFO. La suspensión oscilará entre seis (6) meses y cinco (5) años, cuando los hechos que originen la imposición de la sanción tengan lugar en actuaciones judiciales del abogado que se desempeñe o se haya desempeñado como apoderado o contraparte de una entidad pública.

⁵¹ Sólo son incompatibles las personas consagradas en el Artículo 29 numeral 4 de la Ley 1123 de 2007. ***“ARTÍCULO 29. INCOMPATIBILIDADES. No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:***

4. Los abogados suspendidos o excluidos de la profesión.

⁵² Art. 140 C.P.C. ***“El proceso es nulo en todo o en parte , solamente en los siguientes casos:***

ocasionándole un perjuicio al cliente por todos los gastos en que había tenido que incurrir y por una eventual pérdida de la oportunidad de haber ganado el proceso, pues el mismo se había adelantado hasta la etapa probatoria la cual resultaba favorable al cliente; lo que una vez declarada la nulidad del proceso permitió a la contraparte formular una nueva estrategia de defensa que cambia la dirección del proceso.

El cliente para poder ser indemnizado, deberá iniciar una acción de responsabilidad civil, donde será el abogado el encargado de desvirtuar la presunción de responsabilidad en su contra, en tanto que se trata de una obligación de resultado, de la que sólo podrá exonerarse aduciendo una causa extraña.

Opuesto a los dos ejemplos anteriores, cabe citar un ejemplo de incumplimiento de estos deberes en el campo litigioso que a pesar de acarrear alguna sanción, no generan responsabilidad civil de los abogados en tanto que no existe un daño al cliente.

Ley 1123 de 2007, artículo 28 numeral **“11. Proceder con lealtad y honradez en sus relaciones con los colegas.”** Es el caso de un cliente que contrata un abogado para que trámite su proceso ante la jurisdicción. Una vez el abogado inicia el proceso, el cliente se percató que en el medio de los abogados litigantes éste no es reconocido por su buen prestigio, pues en algunas ocasiones se ha detectado que adelanta actuaciones que atentan contra la lealtad y honradez de sus colegas.

En este caso, a pesar de que el abogado está infringiendo uno de los deberes consagrados en el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, no se le podrá imputar

7. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso.”

responsabilidad civil profesional, en tanto que su actuación desleal con los colegas no le ocasiono perjuicios al cliente y se ubica por fuera del objeto para el cual había sido contratado, lo que significa que no le es atribuible una responsabilidad civil de tipo contractual. De esta forma, el abogado podrá ser objeto de una sanción disciplinaria, mas no de una sanción por responsabilidad civil.

Una vez estudiada la Ley 1123 de 2007 en relación con la responsabilidad civil en que pueden incurrir los abogados tanto en el campo de las asesorías como en litigio, es menester destacar que el análisis de la misma debe atender al tipo de actividad encomendada, pues el hecho que en el campo del litigio una obligación sea catalogada de cierta naturaleza (medios o resultados), no implica que en el campo de la asesoría ocurra lo mismo, ya que dependiendo del objeto del contrato las obligaciones accesorias serán diferente en uno u otro ámbito.

Dicho de otra forma, con los anteriores ejemplos se puede comprender como las obligaciones de un abogado varían de un contrato a otro y con ello se alteran los supuestos de incumplimiento que al generar un daño a su cliente hacen que se haga responsable civilmente, pues el objeto del contrato será el que dé las pautas para saber a qué se obligo el abogado y si efectivamente cumplió o no con ello.

5. CONCLUSIONES

- La Responsabilidad Civil Profesional de los abogados, aún no ha sido contemplada en la legislación colombiana. Sin embargo es un asunto que debe ser tenido en cuenta en medio de la teoría general de la responsabilidad civil, pues en este ámbito también se presenta el incumplimiento de las obligaciones contractuales sobre determinada labor encomendada generalmente a profesionales liberales, los cuales han adquirido conocimientos específicos previamente como en el caso del abogado. No obstante lo anterior, la legislación colombiana ha regulado otras clases de responsabilidad en que puede incurrir el profesional en derecho al trasgredir algún deber exigido por la ley, tales como: responsabilidad penal, disciplinaria, ética, entre otras.
- La Ley 1123 de 2007 se encargó de regular los deberes, obligaciones y principios rectores en el ejercicio de la abogacía. De allí se destacan cuáles son los deberes que tienen los abogados en el ejercicio de sus funciones, pues ellos constituyen la denominada LEX ARTIS, la cual alude a modelos estándar de la conducta profesional. Lo anterior, sin que esto implique dejar por fuera otros deberes que también puedan generar responsabilidad del abogado. La importancia de hacer referencia a esta ley radica en que la misma no especifica cual es el tipo de responsabilidad civil en que incurren los abogados ante el incumplimiento de ella, pues aquella sólo se refiere a deberes pero no establece consecuencias jurídicas en materia de responsabilidad civil profesional.
- En el tema de la responsabilidad civil profesional aplica toda la teoría general de la responsabilidad civil contractual, en la medida en que en el origen de la responsabilidad del abogado está en el incumplimiento de su obligación contractual y de los deberes propios a su profesión, puesto que es elemental que todo sujeto que practique una profesión posea los conocimientos teóricos y

prácticos sobre la misma, para así obrar con la diligencia y el cuidado necesarios. Por esto, se considera que los elementos generales de la responsabilidad civil contractual como lo son: la conducta culposa, el nexo causal y el daño aplican en el ámbito de la responsabilidad civil profesional. Lo anterior, sin desconocer que hay eventos en que el abogado puede incurrir en responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo cuando el profesional en derecho actúa por fuera de las funciones encomendadas o cuando ejerce una defensa de oficio.

- La prestación de los servicios profesionales generalmente emana y se regula en el marco de una relación contractual. Algunas de estas modalidades de contratación profesional son: el contrato de mandato, de prestación de servicios-arrendamiento de servicios y contrato laboral. La decisión entre el cliente y el profesional de adoptar uno u otro contrato dependerá de la labor profesional que se vaya a realizar, ya que por ejemplo los profesionales liberales cuentan con particularidades específicas que en ocasiones imposibilitan generalizar una modalidad contractual para estas relaciones, por lo que a veces parece ser más adecuado que sean las partes quienes regulen sus intereses y en todo caso, ante una eventual falta de claridad en el contrato se apliquen las disposiciones de contratos similares a aquel que se esté regulando.
- Un contrato genera múltiples obligaciones para las partes, de las cuales se destaca la clasificación de medios y/o resultados, pues ello dependerá de la labor concreta que deba asumir el profesional, es decir que determinando a qué se obligaron las partes se podrá establecer si hubo o no incumplimiento del profesional en derecho. De esta forma si el abogado se obliga a desplegar toda la diligencia y cuidado conducentes a tratar de obtener el fin buscado por el cliente, sin asegurar la consecución de un resultado, la obligación será de medios. Por su parte, la obligación será de resultado si el abogado se compromete a obtener un resultado determinado. Adicionalmente, esta

clasificación sirve para identificar en cabeza de quién se encuentra la carga probatoria, si se trata de una obligación de medios la carga de la prueba la tendrá el acreedor y si se trata de una de resultados estará en cabeza del deudor.

- En algunas ocasiones no es fácil determinar si se está ante una obligación de medios o de resultados, lo que ha sido resuelto por la doctrina y la jurisprudencia, que han establecido algunos criterios que permiten identificar la naturaleza de la obligación como lo son: *aleatoriedad del fin último perseguido por el acreedor* y *participación más o menos activa del acreedor*.
- Se ha considerado que la obligación principal del abogado es de medios en tanto que él no se obliga a la obtención de un resultado, sino que al igual que el médico trata de obtenerlo pero no garantiza su consecución, es el caso del abogado litigante que despliega toda su diligencia para adelantar un proceso sin asegurarle al cliente una sentencia favorable. No obstante, existen otras obligaciones de los abogados que se catalogan como de resultados por ejemplo cuando se obliga a redactar un contrato o a efectuar una partición.
- La relación existente entre los deberes consagrados en la ley 1123 de 2007 y las obligaciones que asumen los abogados, radica en que el incumplimiento de cualquier deber jurídico puede dar lugar a que se genere un perjuicio susceptible de ser indemnizado, por lo tanto la omisión de incumplir dichos deberes tiene igual tratamiento al incumplimiento de una obligación. Es así que cuando celebramos un contrato con un profesional, además de las pautas del contrato, se debe de tener en cuenta las normas y leyes que el legislador, ha establecido para estos profesionales. Así mismo, se debe de aclarar que para que ese incumplimiento genere responsabilidad civil contractual del abogado, necesariamente tendrá que producirse un daño, el cual tendrá que ser probado en el proceso, de lo contrario el incumplimiento solo generará una sanción disciplinaria.

- Las obligaciones contraídas por el abogado bien sea como asesor o como litigante podrán ser, de acuerdo con el análisis de los deberes del Estatuto del abogado, de medios o de resultados, pues todo dependerá de la labor para la que haya sido contratado el abogado; y en esa medida una vez se determine con base en el contrato a qué estaba obligado, podrá establecerse si hubo un incumplimiento o no de su parte y si con él causó un daño a su cliente, pues éste es uno de los presupuestos básicos, junto con los elementos generales de la responsabilidad civil contractual, para interponer una acción de responsabilidad civil profesional.

BIBLIOGRAFÍA

ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Tomo I. Chile: Ed Temis S.A, 1993.

ACOLDESE. XVII Encuentro Nacional Asociación Colombiana de Derecho de Seguros. Bogotá D.C: Editora Guadalupe Ltda. 1993.

ASOCIACIÓN HENRI CAPITANT. Vocabulario jurídico. Publicado bajo la dirección de Gérard Cornu. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1995.

CHABAS. Francois. La Pérdida de una Oportunidad (“Chance”) en el Derecho Francés de la Responsabilidad Civil. Traducido por Fernando Moreno Quijano.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA.

JARAMILLO, Carlos Ignacio. Responsabilidad Civil Médica, La relación medico paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial. Colección ensayos 8 Pontificia Universidad Javeriana. 2009.

LE TOURNEAU, Phillip, La responsabilidad Civil Profesional. Traducción de Javier Tamayo Jaramillo. Legis Editores S.A., 2006.

MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Medellín, Editorial Diké.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León y TUNC, André. Tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictual y contractual. Tomo I, volumen I. Buenos Aires. 1977.

PALACIO BARRIENTOS, Juan David. Revista N° 23 de Responsabilidad Civil y del Estado. Revista IARCE Instituto Antioqueño de Responsabilidad civil y del Estado. Junio 2008.

PATÍÑO, Héctor. Responsabilidad Civil Extracontractual y causales de exoneración, aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. Responsabilidad por daños. Tomo VIII: Responsabilidad de los profesionales, Buenos Aires - Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores. 2001.

SUESCUN MELO, Jorge. Derecho privado, estudio de Derecho civil y Comercial Contemporáneo.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la responsabilidad civil. Tomo IV: De los perjuicios y su indemnización. Bogotá: Legis Editores S.A.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. Tomo I. 2ª edición Bogotá: Legis Editores S.A. 2007.

TRIGO REPRESAS, Félix A. y STIGLITZ, Rubén S. Responsabilidad civil de los profesionales. Caracteres jurídicos del contrato de seguro. Seguros y Responsabilidad Civil. Volumen I. Editorial Astrea, 1987.

Códigos y Jurisprudencia:

Código Civil Colombiano. Ley 57 de 1887.

Código de Procedimiento Civil. Decretos 1400 y 2019 de 1970.

Código Disciplinario del Abogado. Ley 1123 de 2007.

Código Penal Colombiano. Ley 599 del 2000.

Código Sustantivo del trabajo. Decretos 2663 y 3743 de 1950 adoptados por la Ley 141 de 1961.

Código Único Disciplinario. Ley 734 del 2002.

Ministerio de la Protección Social. Concepto 287067 de 26 de septiembre de 2008.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. 26 de abril de 1.999. Magistrado Ponente. Ricardo Hoyos Duque. Expediente. 10.755.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de octubre de 1964.

Sentencia 1997-03225 de agosto 19 de 2009 Consejo de Estado. Consejero Ponente. Enrique Gil Botero.

Sentencia 4345 de febrero 22 de 1995 Corte Suprema de Justicia. Magistrado Ponente. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

Sentencia C-154 de 1997. Magistrado Ponente. Hernando Herrera Vergara.

Sentencia Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera Agosto 13 De 1992. Consejero Ponente. Daniel Suarez Hernández.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil de 18 de octubre de 2005, Ref.: Expediente No. 14.491 Magistrado Ponente. Pedro Octavio Munar Cadena.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, del 30 de enero de 2001(Exp. 5507), Magistrado Ponente. José Fernando Ramírez.

Sentencia de Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Providencia No. 45, de 26 de Mayo 2005.

Sentencia del 22 de octubre de 2001. Expediente 5817 Magistrado Ponente. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Referencias de Internet:

<http://74.125.113.132/search?q=cache:qRqz7aEArz0J:www.monografias.com/trabajos11/eticaun/eticaun.shtml+responsabilidad+etica+profesional&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=co> RODRIGUEZ, Alejandra.

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:uVaN7w35OXgJ:www.scare.org.co/scare/ScarePlan1.aspx%3FID%3D131+sentencia+da%C3%B1o+extrapatrimonial&cd=4&hl=es&ct=clnk&gl=co>